

環境紛爭調整法에 따른 분쟁해결과 ADR의 일반이론(Ⅱ)*

김시철**

차 례

- I. 序論
- II. 本論
- III. 結論

II. 本論

5. 우리나라와 미국의 사법제도에 대한 비교법적인 검토 등

(1) 증거법칙에 관한 양국의 차이

(가) ADR에 관련된 증거법칙

ADR에 관한 국내문헌을 보면, “조정 중에 일방 당사자가 행한 협상제안이나 협상 과정에서의 당사자들의 진술은 원칙적으로 법정에서의 증거로 할 수 없는 증거배제의 원칙이 적용된다.”라는 취지의 기재내용을 발견할 수 있는데,¹⁾ 이는 미국 제도의

* 제30권 제3호에 게재된 環境紛爭調整法에 따른 분쟁해결과 ADR의 일반이론(I)에 이어지는 내용입니다.

** 대법원 재판연구관, 부장판사

특성이라는 점을 위에서 본 바와 같다.

반면에 우리 민사소송의 경우, 민사조정법 제23조에서 “조정절차에서의 당사자 또는 이해관계인의 진술은 민사소송에서 원용하지 못한다.”라고 규정하고 있을 뿐, 이를 제외한 通常的인 協商過程에서 이루어진 쌍방 당사자 진술 등에 관한 一般的인 證據排除法則이 존재하지 않는다. 따라서 당사자들은 爭點에 관련된 證據資料를 제출하는 차원에서 위와 같은 진술 등을 소송절차에서 비교적 자유롭게 활용할 수 있다.²⁾ 즉, 우리 민사소송에 관한 증거법칙은 대체로 대륙법을 기본으로 하고 있기 때문에 미국 제도를 전제로 논의를 하는 경우 혼선이 발생할 수 있는 것이다.³⁾⁴⁾

(나) 행정기관이 작성한 서류에 관한 증거법칙

한편 소송사건의 경우 관련 행정기관이 작성한 서류 등이 증거로 제출되는 사례가 적지 않은데, 미국법은 법적 분쟁에 관하여 행정관청이 일반적으로 중립적인 입장을 취하고 있음을 전제를 하지 않고 있다.

예컨대, 미국에서는 정부기관에서 법률에 따라 사실조사를 한 다음 작성한 사실보고서의 경우도 그 信賴性이 인정할 만한 情況이 不足하다면 법원의 소송절차에서 그

1) 김용섭(각주 5) 13.

2) 당해 증거가 당사자의 주장에 대한 唯一한 證據가 아닌 이상, 재판부에서 사건에 대한 구체적인 관련성 및 필요성을 개별적으로 검토하여 그 증거를 채택하지 아니하는 결정을 할 수는 있는데, 이는 證據能力에 대한 一般的 制限規定이 아니라, 具體的·個別的인 事件에 대한 證據判斷의 문제이다[대법원 1991. 7. 26 선고 90다19122 판결, 대법원 1992. 4. 24 선고 91다25444 판결 등]. 상세한 내용은 김시철(각주 78), 468-469, 이회정(각주 5) 6 참조.

3) 김용섭(각주 5) 21에는 독일의 문헌을 인용하여 ‘調停의 逆機能’을 지적하면서, “불공정한 당사자는 조정을 재판절차의 준비로써 전략적으로 이용 할 수 있고 조정을 거치지 않으면 얻을 수 없는 정보를 확보할 수 있다(Jörg Risse, a. a. O., S. 1620.) 이와 같이 조정절차에 있어서는 양당사자의 불가피한 공개성과 정보제공이 나중에 소송절차와 결부되거나 불성실한 당사자가 조정을 소송절차를 위해 전략적인 장점으로 이용하려고 할 때에는 약점이 된다(Römermann/Paulus, a. a. O., S. 227.)”라고 정리하고 있는데, 이러한 문제제기는 미국 제도와 상이한 대륙법계 민사소송제도의 특성을 반영한 것이다.

4) ADR을 활성화한다는 측면을 강조한다면, 미국의 경우와 같이 당사자가 행한 협상제안 등에 대하여 일반적으로 증거능력을 배제하는 증거법칙의 도입을 긍정적으로 검토할 여지는 있으나, 이러한 문제는 우리 민사소송제도의 전체적인 구조를 종합적으로 고려하여 신중하게 접근하는 것이 타당하다고 생각한다.

證據能力조차 부정될 수 있는데,⁵⁾ 이는 정부기관이 당해 사실조사에 관하여 偏見(bias)을 가질만한 動機가 있는 경우, 그 보고서는 (그 증거가치 내지 신빙성에 대한 판단에 나아가기 이전에) 증거능력을 인정받지 못한다는 취지이다.⁶⁾⁷⁾

반면에 민사소송 및 행정소송에서 서증의 증거능력에 관한 일반적인 제한법칙을 규정하지 않은 우리나라의 경우, (미국과 달리) 행정기관에서 분쟁해결을 위하여 사

5) Federal Rules of Evidence § 803 Hearsay Exceptions: Availability of Declarant Immaterial, (8) Public records and reports (Records, reports, statements or data compilations, in any form, of public offices or agencies, setting forth (C) in civil actions and proceedings and against the Government in criminal cases, factual findings resulting from an investigation made pursuant to authority granted by law, unless the sources of information or other circumstances indicate lack of trustworthiness.).

6) ○ Federal Rules of Evidence § 803 (8)에 관한 Advisory Committee's Note[... Factors which may be of assistance in passing upon the admissibility of evaluative reports include : (1) the timeliness of the investigation, (2) the special skill or experience of the official, (3) whether a hearing was held and the level at which conducted, (4) possible motivation problems suggested by *Palmer v. Hoffman*, 318 U.S. 109, 63 S. St. 477, 87 L.Ed. 645 (1943). Others no doubt could be added. ...].

Report of Senate Committee on the Judiciary, Senate Comm. on Judiciary, Fed. Rules of Evidence, S. Rep. No. 1277, 93d Cong., 2d Sess., p. 17 (1974).]

○ 위에서 언급된 *Palmer v. Hoffman* Case는 Massachusetts에서 발생한 철도길 횡단사고의 피해자 유족(원고)이 제기한 손해배상청구소송에서, 피고가 Massachusetts Public Utilities Commission의 대표자와 위 철도의 관리담당자가 사고발생 2일 후에 위 기차의 정비공(engineer)과 면담하면서 작성한 陳述書(statement)를 증거로 제출하려고 시도하자, 원고가 그 증거능력을 문제삼은 사건이다. 위 정비공은 Trial 이전에 사망하였고, 피고는 위 진술서가 Massachusetts Public Utilities Commission의 정상적인 업무과정(Regular Course of Business)에서 작성된 것이기 때문에 당연히 증거능력이 있다고 주장하였다[Federal Rules of Evidence Rule 803 (6) 참조]. 그러나, 미국연방대법원은 ① 위와 같은 진술서 작성은 철도사업의 정상업무에 포함되는 것이 아니라 그 철도사업에 관련이 있는 것일 뿐이고, ② 위 진술서는 Massachusetts Public Utilities Commission에서 본질적으로 소송의 목적으로 사용될 가능성을 염두에 두고 작성한 것이기 때문에 그 작성과정에 편견이 있었을 가능성이 있다는 사유를 들어 위 陳述書의 證據能力을 排斥한 제1심, 제2심 법원의 판결이 정당하다고 판시하였다.

7) 이에 관하여 6 C.J.S. *Arbitration* § 238 (2008)에는 "It is presumed that an arbitrator acted honestly, fairly, and properly. When an arbitrator and a party to the arbitration meet separately to negotiate on a separate matter, there is a presumption of bias. When a former employee sits in judgment on a former employer, there is no presumption that he or she will be biased in favor of the employer."라고 기재되어 있다.

후에 작성한 사실조사보고서의 증거능력이 배척되는 사례를 발견하기는 어렵다. 다만 해당 행정기관이 그 분쟁해결에 직·간접적으로 이해관계가 있는 등 객관적으로 그 중립성을 의심할 만한 사정이 인정되는 경우, 법원에서는 최소한 위와 같은 서증의 신빙성에 대하여 신중하게 검토할 필요가 있을 것이다. 나아가 그 분쟁해결에 직·간접적으로 이해관계가 있는 행정기관이 職權으로 위와 같은 사실조사보고서를 작성하도록 하는 등 객관적으로 그 중립성에 관한 위험성을 내포하고 있는 제도에 대해서는 제도개선이 필요하다고 생각한다.⁸⁾

(2) 미국에서의 ADR의 실태와 변호사의 역할에 관하여

미국의 일부 학자들은 ADR Movement의 초기 단계에서 변호사들이 수입료 등 경제적 이유로 곧바로 소송사건을 개시하는 등 법원을 통한 분쟁해결에 치중하고 있기 때문에 ADR이 활성화되지 않는다는 식의 주장을 제기한 적이 있었다.⁹⁾

그러나 최근에는 이러한 주장이 잘못되었다는 점이 사회과학적 방법을 통하여 밝혀지고 있다고 한다. 즉, 미국 변호사들은 법적 분쟁을 무조건 소송으로 몰고 가는 것이 아니라 '법률적 검토에 따른 거래과정(bargaining in the shadow of the law)'을 통하여 각종 분쟁을 해결하고 있다는 취지이다.¹⁰⁾¹¹⁾

8) 예컨대, 환경부에 소속된 중앙환경위기가 국가가 당사자가 될 수 있는 환경분쟁에 관하여, 피해 당사자의 신청이 없는 경우에도 職權으로 調停節次를 개시하여 事實調査를 할 수 있도록 규정한 환경법 제30조의 경우 법리적으로 상당한 문제점이 있다. 이에 관하여는 아래에서 다시 살펴본다.

9) 김경배(각주 25), 192의 경우에도, 미국의 문헌[John S. Murray, Alan Scott Rau, Edward, F. Sherman, "Process of Dispute Resolution : The Role of Lawyer", Westbury, New York, The Foundation Press, Inc. (1989) 52]를 인용하여 ADR과 변호사와의 관계를 설명하면서, "시간당 수입료를 받는 변호사들은 소송이 길어질수록 상당한 수입료를 받을 수 있기 때문에 수익을 극대화 시킬수 있는 방향으로 분쟁을 이끌려 하고, 보다 근본적인 문제는 ADR의 절차 그 자체가 분쟁에 대한 권한을 변호사에서 당사자와 제3자에게 넘겨 변호사들이 그동안 누리던 배타적 지배권을 상실하게 되므로 위협을 느껴 ADR의 이용을 등한시 하는 경향이 있다."라고 언급하고 있다.

10) Stephen McG. Bundy, Court-Annexed Alternative Dispute Resolution in the United States and Korea : A Comparative Analysis, 서울대학교 법학 제42권 제1호 (2001) 136-177. 그 중 특히 147-160에서 인용한 각종 논문 참조.

11) 독일의 경우에도 그와 같이 변호사들은 돈을 벌기위해 의뢰인을 무리하게 소송으로 끌고 들어가는 경향이

따라서 비교법적으로 미국의 ADR 이론을 연구·원용하거나 실무적으로 이를 도입하는 과정에서는 위와 같은 최근 연구결과 등을 포함한 미국의 제도운용 실태를 제대로 파악하는 것이 중요하다고 본다.¹²⁾

(3) 運用費用과 誤判費用의 상관관계¹³⁾

분쟁해결비용은 상쇄관계에 있는 運用費用과 誤判費用으로 구성되는데, ADR 擁護論은 ADR이 분쟁해결의 運用費用을 절감한다는 점을 강조하고 있는 반면에,¹⁴⁾ 批判論은 ADR로 인해 분쟁해결의 誤判費用이 증가하는 측면에 비중을 두고 있음을 알 수 있다.¹⁵⁾ 따라서 ADR에 대한 비교법적 연구를 함에 있어서 擁護論과 批判論의 논거를 종합적으로 검토하여 궁극적으로 분쟁해결의 總費用을 최소화하는 방안을 모색해야 할 것이다.

(4) 행정부가 관여하는 ADR의 헌법적 근거에 관하여

있다는 널리 퍼진 편견이 사실이 아니라는 것이 통계를 통해서 드러났는데, 예컨대 1985년도 조사결과 민사사건의 약 70퍼센트가 소송외적으로 해결하고, 약 30퍼센트만이 소송을 제기하는 것으로 나타났다고 한다[김용섭(각주 5), 6 참조].

12) Bundy 교수는 이에 관하여, 우리 나라에서 ADR을 폭넓게 도입하기 위해서는 먼저 새로운 제도의 도입목적, 효과 및 부작용 등에 대하여 실질적으로 검토하는 것이 가장 중요하고, 만일 이러한 신중한 평가와 검토를 거치지 아니하고 사법개혁의 이름으로 새로운 절차를 선불리 도입하는 경우, 기존 제도를 발전시키기 보다는 오히려 실질적으로 퇴보시킬 위험성이 있다는 의견을 제시한 바 있다[Bundy (각주 81) 173].

13) 좀더 상세한 내용은 조홍식(각주 6) 60, 김시철(각주 7) 410 등 참조.

14) 찬성론이 내세우는 주요 논거의 요지는 ㉠ ADR이 사건의 법원집중에 따른 사건처리의 지연을 막아주고, ㉡ 비형식적인 분쟁해결절차를 채용하여 분쟁해결비용을 줄이며, ㉢ 일반국민이 쉽게 접근할 수 있는 권리구제수단을 제공함으로써, ㉣ 결국 보다 효율적인 분쟁해결방법을 마련한다는 것이므로 모두가 분쟁해결의 운용비용에 관련되어 있다.

15) 반대론이 내세우는 주요 논거의 요지는 ㉤ ADR은 당사자회 자발적 동의에 의해야 하는데 실제로는 국가기관의 강권에 의해 마지못해 이용하게 되는 경우가 많으며, ㉥ 분쟁당사자들간의 경제사회적 지위의 불균형을 간과하고 있어 ADR은 강자가 약자로부터 양보를 얻어내는 절차로 전락하기 쉽고, ㉦ ADR은 분쟁당사자들의 평화만을 목적으로 한 것이어서 법적 권리의 보호가 아닌 일부포기가 되며, ㉧ ADR은 절차의 공정성에 관한 규제가 불가능하기 때문에 ㉨ 결국 ADR은 신속·저렴한 분쟁해결만을 강조하고 분쟁의 공정한 해결이란 가치를 무시한다는 것이므로, 모두 분쟁해결의 오판비용에 관련되어 있는 것이다.

- (가) 쌍방 당사자의 절차개시에 관한 합의가 없는 상태에서, 공권력주체인 행정부가 법적 분쟁을 해결하는 ADR을 개시하거나 이를 주관하는 것은 그 자체로 당사자에 대한 권리제한적 속성을 가지게 된다.
- (나) 다만 우리 헌법 제107조 제3항은 “재판의 전심절차로서 행정심판을 할 수 있다. 행정심판의 절차는 법률로 정하되, 사법절차가 준용되어야 한다.”라고 규정하고 있다. 따라서 (이러한 헌법적 특별규정이 존재하지 아니하는 미국과 달리) 위 요건이 충족되는 상태에서 행정부가 법적 분쟁에 관한 해결절차를 주관하는 것은 합헌적이라고 할 수 있는 것이다. 다만 헌법 제107조 제3항에 의하면, ㉔ 행정부가 주관하는 모든 ADR이 근거법률이 존재한다는 이유만으로 헌법적으로 정당화될 수는 없지만(근거법률의 존재가 充分要件이 될 수는 없음), ㉕ 구체적 근거법률의 존재가 헌법적 차원의 정당성에 관한 最小限度의 必要要件임은 분명하다.¹⁶⁾
- (다) 예컨대, 법률적 근거 및 당사자들의 동의 없이 私法上 紛爭에 관한 해결절차를 개시하는 절차를 행정부가 주관하는 것은 헌법상 권력분립원칙 등에 위배될 수 있고,¹⁷⁾ 공권력행사에 해당하지 아니하는 私的 合意 및 그 履行을¹⁸⁾ 유도하는 것 이상의 조치를 취하는 것도 법리적으로 문제가 있는 것이다.

(5) 행정법 영역에 관한 ① 유형 ADR과 ②③ 유형 ADR의 차이점

- (가) 미국에서는, 事前的 行政節次와 事後的 行政節次가 구체적 법률에 근거한 경우에도, 이를 해당 행정작용에 관한 ‘자문절차’로 파악하고 해당 행정작용을 대상으로 하는 司法的 審査를 始審的으로 진행하는 것을 원칙으로 하고 있다. 이러

16) 이회정(각주 5) 11에 의하면, 헌법 제107조 제3항에 근거한 행정심판제도를 행정법 영역에 관한 廣義의 ADR에 포함시키고 있음을 알 수 있다.

17) 법적 분쟁에 관하여 소수의 이해관계자 및 전문가 등이 참여하는 행정절차가 국민의 대표기관인 국회의 입법작용을 대체할 수 없다는 점에 대해서는 위에서 본 바와 같다.

18) 예컨대, ㉔ 관련 당사자 전원이 모두 자발적으로 절차를 개시하여(절차개시의 임의성), ㉕ 그 결과로 이루어진 합의를 임의로 이행함으로써 행정사건에 관련된 분쟁을 해결하는 것(분쟁해결의 임의성)은 공권력행사에 해당하지 않는다고 볼 수 있기 때문에, 구체적인 근거법률이 없는 경우에도 그 효력을 인정할 여지가 있다는 점은 위에서 본 바와 같다.

한 미국이론은 ㉔ 만일 입법부가 헌법상 Executive Jurisdiction을 행사할 수 있는 행정관청에 속하지 아니한 소수의 이해관계자 내지 전문가의 합의 자체를 바로 공권력행사로 파악하는 법률을 제정하게 되면, 입법부에 의하여 Executive Jurisdiction이 침해되는 결과가 발생할 위험성이 있고, ㉕ 다른 측면에서 위와 같은 행정작용에 대하여 司法作用과 동일한 효력을 부여함으로써 이에 대하여 사법심사를 전면적으로 금지하는 법률을 제정하는 경우, 이는 입법에 의하여 Judicial Jurisdiction이 침해되는 결과가 야기될 우려가 있다는 점을 고려하여 정립된 것으로 판단된다.

(나) 반면에 우리 헌법 제107조 제3항은 미국과 달리, 행정부가 ㉔ 구체적인 법률에 근거하여 ㉕ 司法節次에 준하는 절차에 따라서 법적 분쟁에 대하여 사후적인 행정심판을 할 수 있도록 함으로써 ㉓ 유형 ADR에 관한 헌법적 근거를 명시하고 있다.

예컨대, 산업재해보상보험법¹⁹⁾ 따른 보험급여 결정에 대한 근로복지공단에 대한 심사청구절차나 舊 특허법에 따른 특허청의 항고심판심결절차는 행정쟁송에 관한 ㉓ 유형에 해당하는데, 이에 관한 법률은 헌법 제107조 제3항의 요건을 충족시켜야만 합헌성을 인정받을 수 있는 것이다.

좀 더 구체적으로 살펴보면, 헌법재판소 1995. 9. 28. 선고 92헌가11,93헌가 8·9·10 결정은 행정심판인 특허청의 항고심판심결이나 결정에 대하여 법원의 사실적 측면과 법률적 측면에 대한 심사를 배제하고 대법원으로 하여금 특허사건의 최종심 및 법률심으로서 단지 법률적 측면의 심사만을 할 수 있도록 규정하고 있었던 舊 특허법 제186조 제1항이 헌법에 위반된다고 하면서, “法官에 의한 재판을 받을 권리를 보장한다고 함은 결국 法官이 事實을 確定하고 法律을 解釋·適用하는 裁判을 받을 權利를 보장한다는 뜻이고, 그와 같은 법관에 의한 사실확정과 법률의 해석적용의 기회에 접근하기 어렵도록 제약이나 장벽을 쌓아서는 아니된다고 할 것이며, 만일 그러한 보장이 제대로 이루어지지 아니한다면 헌법상 보장된 재판을 받을 권리의 本質的 內容을 侵害하는 것으로서 우리 헌법상 허용되지 아니한다. 특허청의 심판절차에 의한 심결이나 보정각하결정은

19) 산업재해보상보험법 제88조 내지 94조 참조.

특허청의 行政公務員에 의한 것으로서 이를 憲法과 法律이 정한 法官에 의한 裁判이라고 볼 수 없으므로 (舊) 특허법 제186조 제1항은 법원에 의한 사실확정 및 법률적용의 기회를 박탈한 것으로서 헌법상 국민에게 보장된 ‘법원에 의한’ 재판을 받을 권리의 본질적 내용을 침해하는 위헌규정이고, 일체의 법률적 쟁송에 대한 재판기능을 대법원을 최고법원으로 하는 법원에 속하도록 규정하고 있는 헌법 제101조 제1항 및 제107조 제3항에 위반된다.”라고 판시하였다. 한편 헌법재판소 2000. 6. 1. 선고 98헌바8 결정은 산업재해보상보험법상의 보험급여 결정에 대한 행정소송을 제기하기 위하여 심사청구·재심사청구의 행정심판을 거치도록 규정한 관련 조항들이 헌법에 위배되지 않는다고 하면서, “헌법 제107조 제3항은 ‘재판의 전심절차로서 행정심판을 할 수 있다. 행정심판의 절차는 법률로 정하되, 사법절차가 준용되어야 한다.’고 규정하고 있으므로, 입법자가 행정심판을 전심절차가 아니라 중심절차로 규정함으로써 정식재판의 기회를 배제하거나, 어떤 행정심판을 필요적 전심절차로 규정하면서도 그 절차에 사법절차가 준용되지 않는다면 이는 헌법 제107조 제3항, 나아가 재판청구권을 보장하고 있는 헌법 제27조에도 위반된다. 여기서 말하는 ‘司法節次’를 특징지우는 요소로는 判斷機關의 獨立性·公正性, 對審의 審理構造, 當事者의 節次的 權利保障 등을 들 수 있으나, 위 헌법조항은 행정심판에 사법절차가 ‘준용’될 것만을 요구하고 있으므로 위와 같은 사법절차적 요소를 엄격히 갖춰야 할 필요는 없다고 할 지라도, 적어도 司法節次의 本質的 要素를 전혀 구비하지 아니하고 있다면 ‘준용’의 요구에마저 위반된다.”라고 실시하였다.

그렇다면 행정기관이 주관하는 ② 유형 ADR에 관한 법률의 위헌성 여부는 어떻게 판단할 것인가. 국가배상법에 따른 심의회의 결정절차는 民事的 紛爭에 관한 ② 유형에 해당하는데, 舊 국가배상법 제16조 중 “심의회의 배상결정은 신청인이 동의한 때에는 민사소송법의 규정에 의한 재판상의 화해가 성립된 것으로 본다.”라는 부분이 헌법에 위반된다고 판단한 헌법재판소 1995. 5. 25. 선고 91헌가7 결정에서는, “賠償決定節次의 審議會의 第三者性·獨立性이 희박하고, 審議節次의 公正性·慎重性이 결여되어 있으며, 심의회에서 결정되는 배상액이 법원의 그것보다 하회하며, 신청인의 배상결정에 대한 동의에 재판청구권을 포기할

의사까지 포함되는 것으로 볼 수 없어 재판청구권을 과도하게 제한하고 있으며, 권력을 입법·행정·사법으로 분리한 뒤 實質的인 司法作用인 紛爭解決의 終局的 權限을 司法府에 歸屬시킨 憲法의 精神에도 충실하지 못하다.”라는 이유로 違憲이라고 실시하면서, “재판상 화해와 같은 효력을 부여한 각종 紛爭調停委員會의 仲裁·調停節次는 그 機關의 中立性·獨立性이나 審議節次의 公正性·慎重性이 거의 司法節次에 準할 정도로 保障되어 있고, 중재·조정절차의 성질이나 그 절차에 비추어 그것을 수락한 當事者의 意思에는 분쟁을 중재·조정에 의하여 최종적으로 해결하고 재판을 하지 않겠다는 의사가 포함된 것으로 볼 수도 있는데 반하여, 배상절차는 중재·조정절차에 비하여 그렇지 못하고, 당사자의 동의에 재판을 하지 않겠다는 의사까지 포함된 것으로 볼 수 없다.”라고 판시하였다. 民事的 紛爭에 관한 ② 유형 ADR은 ③ 유형 ADR에 해당한다고 볼 수 없기 때문에 헌법 제107조 제3항이 바로 적용되지는 않지만,²⁰⁾ 헌법재판소 91헌가7 결정이유와 92헌가11, 93헌가8·9·10결정이유를 구체적으로 비교하여 보면, 행정기관이 주관하는 ② 유형 ADR의 근거법률이 헌법 제107조 제3항의 요건을 충족시키는 것은 그 합헌성 인정의 최소한도의 요건이라고 보아야 한다. 행정법의 법리가 적용되는 ③ 유형 ADR의 경우 선행 행정행위에 대하여 행정부 스스로가 시정할 수 있는 절차로 파악할 수 있고 따라서 행정심판청구인이 승소한 경우 그 집행에 따른 절차적 문제가 크지 않은 반면에, ② 유형 行政型 ADR은 원칙적으로 私人間的 紛爭에 행정기관이 개입하는 것일 뿐만 아니라, 청구인용결정

20) 이에 관한 헌법재판소 91헌가7 결정이유는 다음과 같다.

『법무부장관은 배상결정의 심의는 헌법 제107조 제3항에 의하여 허용되는 행정심판의 일종으로서 그 절차나 효력은 사법절차가 준용되는 한 법률로 자유로이 정할 수 있는 것인데 배상결정절차는 사법절차에 준하므로 그 결정에 신청인의 동의를 정지조건으로 재판상 화해와 같은 효력을 부여한 이 사건 법률조항부분은 헌법에 위반되지 않는다고 주장한다. 그러나 국가배상법에 의한 배상결정의 심의는 국가의 손해배상 책임에 관한 배상결정을 심의하는 것이지 행정청의 위법 또는 부당한 처분 등의 효력을 다투는 것이 아니며 위 헌법규정의 행정심판에 해당한다고 할 수 없고, 가사 그 행정심판에 해당한다고 하더라도 위에서 본 바와 같이 배상결정절차는 사법절차에 준한다고 볼 수도 없을 뿐만 아니라 동의된 배상결정에 어떤 효력을 부여하느냐에 따라 재판청구권의 제한 여부가 결정되는 것인 이상 헌법 제37조 제2항에 의한 기본권 제한의 한계를 지키지 아니한 경우에는 역시 헌법에 위반된다고 보아야 할 것이므로 위 주장은 받아들여지지 않는다.』

에 관한 집행 등 후속절차를 상정해야 하기 때문이다.

그렇다면, 행정부에서 주관하는 事後的 紛爭解決節次인 ② 유형 ADR의 경우, ㉑ 반드시 구체적인 법률에 근거해야 하고, ㉒ 개별적인 절차주관기관의 中立性·獨立性이나 審議節次의 公正性·慎重性이 司法節次에 準할 정도로 保障됨과 동시에 當事者가 自發的으로 ADR에 同意하는 경우에 한하여 기속력 있는 결정이 허용되는 것으로서, ㉓ 위와 같은 요건이 흠결되면 헌법에 위배되는 것이기 때문에 관련 법률조항의 위헌여부에 대하여 구체적·개별적인 검토가 필요하며, ㉔ 행정기관에 의한 ② 유형 ADR의 사실인정이 법원을 기속하도록 하는 법률규정은 우리 헌법에 위반된다고 정리할 수 있다. 즉, ② 유형 ADR의 근거법률에 대한 위헌여부에 관하여는, 위에서 살펴본 우리 헌법재판소 판례 등을 중심으로 그 당부를 판단할 필요가 있다는 취지이다.

1. 우리 환경분쟁조정제도에 대한 구체적인 검토

(1) 논의의 출발

연혁적으로 일본의 公害紛爭處理法의 영향을 받은 우리 환경분쟁조정제도 전반에 대하여 다양한 관점에서 학계의 평가가 이루어지고 있다.²¹⁾ 환조위가 담당하는 環境被害에 관한 斡旋, 調停 및 裁定은 원칙적으로 私法上 紛爭을 事後的으로 解決하는 ②유형 ADR에 해당하는 것으로서,²²⁾²³⁾ 특수한 분야의 民事紛爭에 관한 ADR에 불과

21) 좀 더 상세한 내용은 조홍식(각주 6) 56 이하.

22) 한편 環境施設의 設置 또는 관리와 관련된 다툼에 대한 조정 등의 경우 사안에 따라서 ②유형이 아닌 ①유형에 해당하는 사례도 발생할 수 있는데, 최근 「폐기물처리시설 설치촉진 및 주변지역 지원 등에 관한 법률」 제9조 제7항에 의한 조정이 여러 차례 이루어진 바 있다고 한다.[조홍식(각주 6) 58].

23) 이희정(각주 1) 6을 보면, 환경분쟁조정제도와 같은 ADR은 소송의 대안으로서 뿐만 아니라 행정청이 의사의 불합치가 존재하는 다양한 이해관계의 조정자로서 1차적 결정권을 행사할 때 행정청의 일방적인 결정 방식(행정행위)의 대안으로도 이용될 수 있다고 기재되어 있는데, 이는 향후 입법조치 또는 실무운영에 따라서 환경분쟁조정제도가 ②유형뿐만 아니라 ①유형 ADR로도 활용될 수 있음을 시사하는 것이다. 위 논문에 대한 김재규 교수의 지정토론문[環境法研究 第28卷 1號, 韓國環境法學會(2006) 45-52]에도 국가의 대규모 개발사업에 관한 ① 유형 ADR의 필요성을 역설하고 있다.

하므로 행정법의 원리가 적용되는 것이 아닌 반면에,²⁴⁾ ①유형이나 ③유형 ADR에 관하여는 행정법 원리가 적용될 수 있다는 측면에서 상당한 차이가 있다.

아래에서는 ② 유형에 해당하는 裁定事件의 처리를 위주로 하여 운용되는 우리 환조법의 규정과 실무가 民事紛爭에 관한 ADR로서 바람직한 모습이라고 할 수 있는지 등에 대하여 중점을 두어 살펴본 다음, ① 유형 ADR로서의 활용가능성에 대하여 검토하기로 한다.

(2) 환경분쟁조정제도의 紛爭解決費用에 관하여

(가) 일반적인 설명²⁵⁾

일반적으로 환경분쟁을 일반 민사소송에 의하여 해결하게 되면 그 절차의 엄격성 때문에 과도한 비용과 긴 시간이 소요되는 반면, 환경분쟁조정제도의 경우 그 절차의 엄격성을 완화하여 신속하고 능률적인 절차 진행이 가능하고 분쟁해결비용도 저렴하다고 설명하는 경우가 많다. 이는 경제학적인 측면에서 환경분쟁조정제도의 紛爭解決費用이 상대적으로 저렴하다는 취지의 주장으로 볼 수 있다.

(나) 절차의 엄격성과 신속성에 관련된 運用費用의 문제

그런데 우리 민사소송법의 경우 미국의 Civil Procedure의 경우에 비하여 증거법칙 등이 상대적으로 엄격하지 않을 뿐만 아니라 通常的인 協商過程에서 이루어진 쌍방 당사자 진술 등에 관한 一般的인 證據排除法則이 존재하지 않기 때문에, 미국 ADR 이론을 전제로 논의를 하는 경우 혼선이 발생할 수 있다는 점, 민사소송에 관한 소송지연에 관해서도 미국과 우리나라의 접근방식이 상이하다는 점, 비교법적 관점에서 우리 법원은 비교적 신속하게 민사소송을 처리하고 있다는 점 등은 위에서 본 바와 같다.

24) 유병현, “김용섭, 김유환(각주 5) 논문에 대한 지정토론문”, 저스티스 81호, 한국법학원 (2004.10) 82

25) 조홍식(각주 6) 57.

그렇다면 우리 환경분쟁조정제도에 대하여 살펴보는 경우, 그 運用費用이 민사소송에 비하여 저렴하다는 ADR의 장점이 어느 정도 실효성이 있는지에 대해서 구체적이고 실질적인 검토가 필요하다고 하겠다.

(다) 국가가 運用費用 중 일부를 사실상 보조하는 현행 방식에 관하여

우리 민사소송법은 승소한 당사자의 소송비용을 敗訴者에게 轉嫁하는 것을 원칙으로 하는 英國式 規則을 채택하고 있는 반면에,²⁶⁾ 환조법은 환경분쟁조정제도에 관한 運用費用을 당사자들이 각자 부담하는 것을 원칙으로 하는 美國式 規則을 채택하고 있다.²⁷⁾ 예컨대, 우리나라에서는 환경피해가 발생한 것이 분명한 사안에서, 민사소송을 제기하여 승소하면 피해자는 자신이 일단 지출하였던 소송비용을 패소당사자(가해자)에게 그대로 전가할 수 있는 반면에,²⁸⁾ 환경분쟁조정제도를 이용하게 되면 이미 지출한 운용비용을 궁극적으로 자신이 부담하게 되는 것이다.

그렇다면 과연 우리 환조법이(민사소송에 대비하여) 위와 같은 피해자에게 상대적으로 저렴한 운용비용으로 환경피해에 관한 구제를 받을 수 있는 ② 유형 ADR을 제공한다고 볼 수 있는지에 관해서는 의문이 제기될 수밖에 없다. 다른 조건이 동일하다면, 합리적인 피해자로서는 당연히 전통적인 분쟁해결방식인 민사소송의 방식을 선택할 가능성이 높기 때문이다.

그럼에도 불구하고 실무적으로 환경분쟁조정제도의 運用費用이 저렴하다는 주장이 제기되고 있는 근거는 무엇인가. 이는 민사소송에서 당연히 당사자들이 부담해야 하는 성격의 運用費用을 당사자들이 부담하지 않고 이를 국가 또는 지방자치단체에서 사실상 補助하고 있기 때문이다.²⁹⁾ 즉, 민사소송에서는 자신이 피해자라고 주장

26) 민사소송법 제98조 이하 참조.

27) 환조법 제63조 제1항은 “委員會가 행하는 調整節次에 필요한 費用은 大統領令이 정하는 사항을 제외하고는 각 當事者가 이를 부담한다.”라고 규정하고 있다.

28) 이러한 민사소송에 관한 소송비용의 부담원칙은 미국의 경우와 다른 점이다.

29) 환조법 시행령 제34조 (조정비용) 법 제63조 제1항에 따라 당사자가 부담하지 아니하는 비용은 다음 각호와 같다.

1. 위원회의 위원·심사관·직원 및 관계전문가의 출장에 드는 비용
2. 법 제13조제3항에 따라 위촉한 관계전문가의 조사 비용

하는 사람(원고)이 피해내역 및 피해액수 등에 관한 증명책임을 부담하고, 이에 관한 鑑定書 등 증거자료에 관한 비용을 1차적으로 부담해야 한다.³⁰⁾ 반면에 환경분쟁조정제도의 경우, 환경부 공무원인 심사관 및 그로부터 위촉된 관계전문가 등이 피해내역 및 피해액수에 대하여 사실조사를 한 다음, 환조위가 심사관이 작성한 심사보고서를 토대로 사실인정을 하는 방식으로 사건을 처리하고 있다.³¹⁾ 이와 같이 사실조사 비용 중 일부 또는 전부를 국가가 부담하는 경우, 결국 私人間의 民事紛爭에 관하여 국가가 당사자들에게 실질적으로 보조금을 지급하는 것과 동일한 효과를 발생하는 것이다.

일본의 경우에도 공해분쟁 사건의 신청자는 대부분 경제적 약자이고 사회정책적인 배려가 인정되어야 한다는 이유로 공해등조정위원회 등이 직권으로 사실의 조사, 증거조사를 행할 경우의 비용뿐만 아니라, 참고인 출석비용에 관하여 公費負擔原則이 적용되고 있는데, 사안에 따라서는 국회의 의결이나 승낙을 얻어 豫備費 등을 사용하여 상세한 사실조사를 한 것이 분쟁해결의 계기가 되었다고 한다.³²⁾

환경소송은 사회적으로는 바람직하지만 개인에게 이를 제기할 유인이 크지 않은 過少訴訟(under-litigation)의 경향을 가지고 있으므로,³³⁾ 이를 해결하기 위하여 분쟁 해결비용을 절감할 수 있는 ADR의 도입이 필요할 수는 있다.³⁴⁾ 그렇지만, ADR의 운용비용을 국가가 당사자에게 사실상 보조를 하는 방식으로 직접적 혜택을 부여하게 되면, 사회적으로 최적의 수준보다 더 많은 ADR이 이용되는 현상, 즉 過多訴訟(over-litigation)이 야기될 수 있고 이는 사회후생의 손실로 이어지기 때문에, 이러한 방식의 활용에 대해서는 부정적인 견해가 유력하다.³⁵⁾³⁶⁾ 특히 해당 ADR 절차의 진

3. 법 제18조의 규정에 의하여 협조를 요청받은 자의 출장에 드는 비용

4. 법 제38조에 따른 참고인 또는 감정인의 출석에 드는 비용

5. 분쟁조정절차의 진행과 관련한 우편료 및 전신료

30) 만일 피해자임을 주장하는 원고가 민사소송에서 전부 승소하면 그 감정비용 등을 피고로부터 모두 상환받을 수 있지만, 패소하는 경우 이를 스스로 부담해야 한다.

31) 김충목, “환경분쟁조정제도에 관한 연구”, 법학연구, 제4권 제1호(2000) 71.

32) 최철호(각주 12) 554-556에 의하면, 豊島사건에서는 실태조사비 약 2억 3600만엔을 豫備費에서 사용하여 그 결과를 근거로 중간합의를 이끌어낸 것이 조정사건의 해결에 큰 역할을 하였다고 한다.

33) 조홍식 (각주 6) 21.

34) 조홍식 (각주 6) 33 39-41 등 참조.

행에 실제로 소요되는 運用費用 중 국가의 보조비중이 높아지면 높아질수록, 일방적으로 피해자라고 주장하는 사람이 국가의 보조를 토대로 무모하게 試驗訴訟³⁵⁾의 신청을 남발함으로써 過多訴訟³⁶⁾이 발생할 위험성이 높아진다. 물론 아직까지 우리나라에서 국가의 당사자에 대한 運用費用의 補助로 인하여 환경분쟁조정제도가 남용되고 있다고 판단할 만한 근거자료가 없기 때문에,³⁷⁾ 현재 시행되는 국가 보조방식을 당장 폐지하고 다른 방식을 도입해야 한다는 주장을 하는 것은 아니지만, ADR의 일반 이론에 비추어 볼 때 최소한 위와 같은 보조방식이 상당한 부작용을 야기할 수 있다는 점 등을 지적하지 않을 수 없다.

(라) 運用費用과 誤判費用에 대한 경제학적 분석의 필요성

현실적으로 환경분쟁에 관한 過少訴訟³⁸⁾ 현상을 보완하기 위하여 부득이 환경분쟁조정제도에 관한 현행 보조방식을 유지해야 한다는 입장을 취하더라도, 분쟁해결비용 중 運用費用의 절감액수가 誤判費用의 증가액수 보다 크지 않다면 제도의 정당성이 인정될 수 없음은 분명하다.

즉, 양자는 서로 상쇄관계에 있고 양자의 적절한 조합을 통하여 총비용이 줄어드는 경우에 비로소 보조방식의 정당성이 인정되기 때문에, 현행 제도를 유지하는 것이 부득이하더라도 그 誤判費用의 증가를 억제함으로써 분쟁해결의 總費用을 최소화하도록 노력해야 하고, 총비용의 절감이라는 궁극적인 목적이 제대로 구현되고 있는지에 대하여 주기적으로 경제학적 분석 등을 실시할 필요가 있다는 취지이다.

(3) 환조위의 조정·재정의 효력에 관하여

(가) 우리나라와 일본의 법률규정 등

35) 조흥식(각주 6) 53.

36) 이회정(각주 1) 12 이하에서는 유사한 쟁점을 분석하면서 過度한 法化(over-legalization)와 過少한 法化(under-legalization)라는 용어를 사용하고 있다.

37) 조흥식(각주 6) 69.

舊 환경오염피해분쟁조정법 제23조 제3항은 관계당사자가 조정안을 수락하여 기명날인한 조정조서는 재판상 화해조서와 동일한 효력을 가진다고 규정하고 있었으나, 1997. 8. 28. 법률 제5393호로 전문개정된 환조법(2008. 3. 21. 법률 제8955호로 개정되기 전의 것. 이하 ‘개정 전 환조법’이라 한다) 제33조, 제42조는 조정위원회의 조정이나 재정위원회의 재정에 대하여 당사자 사이의 합의의 효력만을 인정하고 있었다.³⁸⁾ 이는 일본의 공해분쟁처리절차에서 이루어지는 조정·재정에 대하여 당사자 사이의 합의의 효력만 인정하고 있는 것과 같은 맥락이었다.³⁹⁾

그런데 2008. 3. 21. 법률 제8955호로 개정되고 2008. 9. 22. 시행된 환조법 제33조, 제42조는 개정 전 환조법의 규정내용을 변경하여 조정위원회의 조정이나 재정위원회의 재정에 대하여 ‘재판상 화해’와 동일한 효력을 인정하고 있는바,⁴⁰⁾ 아래에서

38) 개정 전 환조법 제33조 (조정 효력 등) ① 조정위원회는 분쟁의 해결을 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 조정안을 작성하고 이를 당사자에게 통지하여야 하며, 30일 이상의 기간을 정하여 당사자에게 그 수락을 권고할 수 있다.

② 조정위원회는 제1항의 규정에 의한 조정안이 당사자에 의하여 수락된 때에는 조정조서를 작성하고 당사자와 함께 기명·날인하여야 하며, 이 경우에는 당사자간에 조정조서와 동일한 내용의 합의가 성립된 것으로 본다.

③ 조정위원회는 제1항의 규정에 의한 권고를 한 때에는 이유를 붙여 당해 조정안을 공표할 수 있다.

제42조 (재정 효력 등) ① 지방조정위원회의 재정위원회가 행한 재정에 불복이 있는 당사자는 재정문서의 정본이 송달된 날부터 60일 이내에 중앙조정위원회에 재정을 신청할 수 있다.

② 재정위원회가 재정을 행한 경우에 재정문서의 정본이 당사자에게 송달된 날부터 60일 이내에 당사자 쌍방 또는 일방으로부터 당해 재정의 대상인 환경피해를 원인으로 하는 소송이 제기되지 아니하거나 그 소송이 철회된 때 또는 제1항의 규정에 의한 신청을 하지 아니한 때에는 당사자간에 당해 재정내용과 동일한 합의가 성립된 것으로 본다.

39) 최철호 (각주 12) 557-600에 의하면, 일본의 경우 분쟁해결의 실효성을 담보하기 위한 방안으로 ‘사후적 점검 절차’가 거론되고 있다고 한다(이는 조정 성립 후에 조정사항의 이행을 사후적으로 점검하는 것으로서, 구체적으로 조정 조항에 근거를 두고 있거나 혹은 단순히 사실상으로 관여하는 것이다. 실무적으로는 공해등조정위원회나 그 사무국이 조정조항의 이행상황을 감시, 확인하여 상황의 변화가 생겼을 경우에는 조언을 하는 등 조정에 의해 성립된 당사자의 합의를 유지하기 위해서 실시하는 여러 가지의 행위를 가리킨다).

40) 현행 환조법 제33조 (조정 효력 등) ① 조정위원회는 분쟁의 해결을 위하여 조정안을 작성하고 30일 이상의 기간을 정하여 당사자에게 그 수락을 권고할 수 있으며, 조정은 당사자가 조정안을 수락하고 이를 조서에 기재함으로써 성립된다.

② 제1항에 따른 조서는 재판상 화해와 동일한 효력이 있다. 다만, 당사자가 임의로 처분할 수 없는 사항

는 그와 같은 개정 법률의 타당성에 대하여 살펴본다.

(나) 일본의 현행 제도와 개정 전 환조법 규정에 대한 비판론

이에 관하여 일본에서는 “조정(調停)의 실효성을 높이기 위해서 조정에 민사조정법의 조정과 같이 확정판결과 동일한 효력을 인정해야 하고”, “재정은 준사법 절차에 의하고 과학기술적 조사 또는 정책적 판단에 기초하여 내려지는 판단인 점에서 (확정판결의 효력은 아니더라도) 그 사실인정에 대해서 법원을 구속하는 효력(이른바, 實質的 證據法則)을 인정해야 한다.”는 견해가 제기되고 있다.⁴¹⁾

같은 맥락에서 우리나라에서도 개정 전 환조법 제33조, 제42조에 관하여, “환경분쟁이 행정부에서 사법부로 옮겨 가더라도 사실상 분쟁조정위원회의 판단이 존중되고 있는 것이 현실.”⁴²⁾ “환경분쟁조정제도의 實效성을 확보하기 위해서”,⁴³⁾ “재정은 국가배상법의 배상심의절차와는 달리 준사법적 쟁송의 성질을 띠고 있고, 또 불복제소의 기회가 봉쇄되어 있는 것도 아니기 때문에 그 효력을 재판상 화해와 동일한 것으로 강화시킨다고 하더라도 위헌의 문제는 생기지 않는다.”라는 등의 이유로⁴⁴⁾ 이를 개정해야 한다는 주장이 제기되고 있었다.

개정 전 환조법의 규정에 의하면, 환경분쟁의 가해자가 환경분쟁조정의 결과를 임의로 이행하지 않는 경우 피해자가 강제집행을 하기 위해서는 별도로 새로운 민사소

에 관한 것은 그러하지 아니하다.

제42조 (재정의 효력 등)

① 삭제<2008.3.21>

② 재정위원회가 재정을 행한 경우에 재정문서의 정본이 당사자에게 송달된 날부터 60일 이내에 당사자 쌍방 또는 일방으로부터 그 재정의 대상인 환경피해를 원인으로 하는 소송이 제기되지 아니하거나 그 소송이 철회된 때에는 해당 재정문서는 재판상 화해와 동일한 효력이 있다. 다만, 당사자가 임의로 처분할 수 없는 사항에 관한 것은 그러하지 아니하다.

41) 南博方·西村淑子, 環境紛争の處理, 環境問題の行方, JURIST, (1999.5) 129[최철호(각주 12), 563, 570에서 재인용함]

42) 최우용(각주 12), 600.

43) 김민중, “소송외적 방법에 의한 환경오염피해분쟁의 해결제도”, 비교사법, 제2권제2호, (1995.12) 21.

44) 홍준형 (각주 1) 162.

송을 제기하여 집행권원을 얻어야 하는 본질적인 한계가 있다. 따라서 위와 같은 비판론은 환경분쟁조정제도가 민사소송의 승소가능성을 타진하는 수단으로만 활용될 위험성이 있음을 지적하는 것으로서 분쟁해결의 총비용을 절감할 필요가 있다는 취지로 보인다. 조정·재정사건에서 승소취지의 결정을 받은 피해자의 편익을 중시한다면 이러한 논거 중 일부는 나름대로 일리가 있고, 2008. 3. 21. 법률개정은 이러한 비판론을 수용한 것으로 판단된다.

(다) 개정 전 환조법 규정에 대한 옹호론

그러나 우선 헌법재판소 1995. 9. 28. 선고 92헌가11,93헌가8·9·10 결정에 비추어 보면, 환조위의 ② 유형 ADR에서 이루어지는 사실인정이 법원을 구속하도록 규정하는 입법조치는 우리 헌법에 위배될 소지가 높고,⁴⁵⁾ 따라서 위 판례와 배치되는 방향으로 법률을 개정할 수는 없다.

한편 환조위의 조정·재정에 대하여 당사자 사이의 합의의 효력만을 인정하고 있는 개정 전 환조법 규정에 대해서도, 다음과 같은 옹호론이 유력하게 제기되고 있었다. 예컨대, “환경분쟁조정제도는 그 자체로서 사법적인 권리구제제도를 대신할 수도, 대신하여서도 안되”고 확정판결과 동일한 효력을 부여하는 것은 “실용적 해결을 명분으로 하여, 법률이 정한 법원에 의한 재판을 받을 권리를 사실상 박탈하는 문제를 야기하므로 위헌의 소지를 낳을 수 있”다는 견해,⁴⁶⁾ 입법정책적으로 논란이 가능하지만, 공법상 문제가 관련된 분쟁의 경우에는 확정판결과 같은 효력을 부여하는 것이 法治主義와 衝突할 可能性을 배제할 수 없고, 경제학적인 분석에 의하면 환조위의 조정 등의 구속력을 부정하더라도 이를 긍정적인 것과 같은 결과에 도달할 수 있음을 알 수 있기 때문에⁴⁷⁾ 굳이 현행규정을 개정할 필요가 없다는 견해⁴⁸⁾ 등이 제기되고 있었던 것이다.

우리 민사소송법상 재판상 화해는 (독일의 경우와 달리) 執行力뿐만 아니라 既判

45) 同旨 류지태, “환경오염피해분쟁조정제도의 비교법적 고찰”, 인권과 정의, 제219호, (1994.11.) 51.

46) 류지태(각주 144), 51.

47) 상세한 내용은 조홍식(각주 6) 33 이하 참조.

48) 조홍식(각주 6) 69-70

力까지 인정하고 있기 때문에, 행정부에 설치된 각종 분쟁조정위원회의 조정 등에 대하여 '재판상 화해'와 동일한 효력을 인정하는 법률의 합헌여부에 대해서는 엄격한 심사가 필요하고, 이러한 심사과정에서 다음과 같은 점 등이 고려되어야 한다.

우선 환조위의 조정·재정에 대하여 私的 合意의 效力만을 인정하더라도, 그 결정문은 '處分文書'로서 眞正成立이 推定되는 公文書임이 분명하기 때문에(민사소송법 제356조), 가해자가 확정된 조정·재정을 제대로 이행하지 않는 경우 피해자는 그 결정문을 증거자료로 하여 민사소송을 제기하여 비교적 쉽게 승소판결을 받을 수 있고, 모든 소송비용을 가해자에게 부담하도록 할 수 있다(민사소송법 제98조 이하 참조). 그리고 피해자의 신청취지 중 일부 또는 전부를 배척한 조정·재정결정이 확정되더라도 당사자들 사이에 위와 같은 합의가 성립하지 않은 것에 불과하기 때문에, 법리적으로 후속 민사소송에 직접 영향을 미치지 않는다. 반면에 환경피해로 인한 피해자의 손해배상청구 중 일부 또는 전부를 배척한 조정·재정결정에 '재판상 화해'와 동일한 효력을 인정하는 현행 환조법에 의하면, 조정·재정결정이 확정된 이후에는 당사자가 '나머지 청구 부분'에 대하여 재론하는 것이 원칙적으로 既判力의 法理에 의하여 차단된다. 그런데 이러한 기관력의 법리가 증거조사에 관하여 職權主義의 性格이 가미된 환조위의 조정 또는 재정절차를 원칙적으로 9개월 이내에 완료하도록 규정한 환조법 제16조 제6항⁴⁹⁾ 및 같은 법 시행령 12조⁵⁰⁾ 등과 함께 결합되는 경우

49) 환조법 제16조 (조정 신청 등) ① 조정을 신청하고자 하는 자는 제6조의 규정에 의한 관할위원회에 알선·조정 또는 재정 신청서를 제출하여야 한다.

② 국가를 당사자로 하는 조정에 있어서는 환경부장관이 국가를 대표한다. 이 경우 환경부장관은 당해 사건의 소관행정청 소속공무원을 조정수행자로 지정할 수 있다.

③ 위원회는 제1항의 규정에 의하여 조정의 신청을 받은 때에는 지체없이 조정절차를 개시하여야 한다.

④ 위원회는 제3항의 규정에 의한 조정절차의 개시에 앞서 이해관계인 또는 주무관청의 의견을 들을 수 있다.

⑤ 제1항의 규정에 의한 신청서의 기재사항은 대통령령으로 정한다.

⑥ 위원회는 당사자의 분쟁조정신청을 받은 때에는 대통령령이 정하는 기간내에 그 절차를 완료하여야 한다.

50) 환조법 시행령 제12조 (조정 처리기간) ① 법 제16조제6항에서 "대통령령이 정하는 기간"이라 함은 다음 각호의 1에 해당하는 기간을 말한다.

1. 알선의 경우 : 3월
2. 조정 또는 재정의 경우 : 9월

자칫 당사자들에게 납득하기 어려운 결과를 야기할 수도 있는 것이다.⁵¹⁾

舊 국가배상법 제16조 중 “심의회의 배상결정은 신청인이 동의한 때에는 민사소송법의 규정에 의한 재판상의 화해가 성립된 것으로 본다.”라는 부분에 대하여 위헌결정을 선고한 헌법재판소 1995. 5. 25. 선고 91헌가7 결정을 살펴보면, 국가의 불법행위로 인하여 피해자가 치아탈구상, 정신분열증 등의 피해를 입었는데, 피해자의 국가배상청구를 심리한 배상심의위원회가 그 중 치아탈구상 부분에 관하여서만 요양비, 장해배상금 및 위자료로 합계 금 2,120,140원의 배상금지급결정을 하고, 피해자가 이에 동의하고서 배상금을 수령한 다음, 정신분열증에 관한 별도의 민사소송을 제기하자, 담당 법원이 職權으로 위헌법률심판제청을 한 당해사건에 관하여 헌법재판소가 해당 법률조항에 대한 위헌판단을 하였음을 알 수 있다. 만일 해당 법률조항이 합헌적 법률로서 그 유효성이 인정된다면 피해자는 既判力の 法理에 따라서 정신분열증에 관한 피해구제를 받을 수 없었기 때문에, 담당 법원이 그 법률조항에 대하여 위헌법률심판제청을 하고 헌법재판소가 위헌판단을 한 사안으로 볼 수 있는 것이다.

이러한 측면을 고려하여 현행 환경분쟁조정제도를 살펴보면, 조정위원회의 조정이나 재정위원회의 재정에 대하여 ‘재판상 화해’와 동일한 효력을 인정할 수 있을 정도의 요건이 충족되고 있는지 여부를 단정하기 어렵다. 오히려 헌법재판소의 판례에 비추어 본다면, 현행 환조법 제33조, 제42조에 대해서는 위헌성 논란이 제기될 위험성이 대단히 높다고 하겠다. 따라서 환조위의 조정·재정에 대하여는 개정 전 환조법의 규정 내지 일본의 현행 법제도와 마찬가지로 당사자 사이의 합의로서의 효력만 인정하는 입장이 타당하다고 생각하는데, 그 구체적인 논거 등에 대해서는 아래 (4)항에서 살펴본다.

(4) 환경분쟁조정제도의 구조적 문제점 등

② 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 위원회의 결정으로 제1항의 기간을 1회에 한하여 제1항 각호의 기간 내에서 연장할 수 있다.

1. 당사자등의 동의가 있는 경우
2. 농작물의 피해로 인한 분쟁, 인체의 피해로 인한 분쟁 등 인과관계의 입증 또는 배상액의 산정에 장기간이 소요되는 경우

51) 좀 더 구체적인 내용은 아래 假定的 事例 1. 내지 3.에 대한 검토에서 살펴본다.

(가) 일반론

환조법의 관련 규정을 보면, 관점에 따라서는 환조위의 구성 등에 관하여 어느 정도 중립성과 직무상 독립성이 보장되어 있다고 볼 수도 있다. 예컨대 환조위 위원의 임명에 관한 제8조⁵²⁾ 신분보장에 관한 제10조⁵³⁾ 위원의 제척 등에 관한 제12조⁵⁴⁾

52) 환조법 제8조 (위원회위원의 임명) ① 중앙조정위원회의 위원장을 포함한 위원은 환경에 관한 학식과 경험이 풍부한 자로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자중 환경부장관의 제청에 의하여 대통령이 임명 또는 위촉한다. 이 경우 제3호에 해당하는 자가 3명 이상 포함되어야 한다.

1. 1급 내지 3급 상당의 공무원 또는 고위공무원단에 속하는 공무원으로 3년 이상 재직한 자
2. 삭제<2005.12.29>
3. 판사·검사 또는 변호사의 직에 6년 이상 재직한 자
4. 공인된 대학이나 연구기관에서 부교수 이상 또는 이에 상당하는 직에 재직한 자
5. 환경관계업무에 10년 이상 종사한 자

② 중앙조정위원회의 위원장은 고위공무원단에 속하는 별정직공무원으로 보한다.

③ 지방조정위원회의 위원은 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 자중에서 특별시장·광역시장·도지사 (이하 "시·도지사"라 한다)가 임명 또는 위촉한다. 이 경우 제1항제3호에 해당하는 자가 2명 이상 포함되어야 한다.

④ 지방조정위원회의 위원장은 부시장 또는 부지사중에서 시·도지사가 임명하는 자로 한다.

53) 환조법 제10조 (신분보장) ① 위원회의 위원은 독립하여 직무를 수행한다.

② 위원회의 위원은 제9조 각호의 1에 해당되게 되거나 장기간의 심신쇠약 등으로 직무를 수행함에 현저히 부적당하다고 인정되는 때를 제외하고는 그 의사에 반하여 해임 또는 해촉되지 아니한다.

54) 환조법 제12조 (위원의 제척 등) ①위원회의 위원은 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 그 직무의 집행에서 제척된다.

1. 위원 또는 그 배우자나 배우자이었던 자가 당해 분쟁사건(이하 "사건"이라 한다)의 당사자가 되거나 당해 사건에 관하여 당사자와 공동권리자 또는 의무자의 관계에 있는 경우
2. 위원이 당해 사건의 당사자와 친족관계에 있거나 있었던 경우
3. 위원이 당해 사건에 관하여 진술이나 감정을 한 경우
4. 위원이 당해 사건에 관하여 당사자의 대리인으로서 관여하거나 관여하였던 경우
5. 위원이 당해 사건의 원인이 된 처분 또는 부작위에 관여한 경우

② 제척의 원인이 있는 때에는 위원회는 직권 또는 당사자의 신청에 의하여 제척의 결정을 한다.

③ 당사자는 위원에게 공정한 직무집행을 기대하기 어려운 사정이 있는 경우에는 위원회에 기피신청을 할 수 있으며, 위원회는 기피신청이 타당하다고 인정하는 때에는 기피의 결정을 한다.

④ 위원은 제1항 또는 제3항의 사유에 해당하는 때에는 스스로 그 사건의 직무집행에서 회피할 수 있다.

5인 또는 3인의 위원으로 구성되는 재정위원회에는 판사·검사 또는 변호사의 직에 6년 이상 재직한 자를 반드시 포함하도록 규정한 제36조 제2항 등의 규정은 외견상 법적 분쟁을 처리하는 환조위의 공정한 직무를 담보할 수 있는 것으로 볼 여지가 있고, 절차에 관한 제16조 이하의 규정 등도 ADR의 기본적인 틀을 구비하고 있기 때문이다.

그러나 헌법적 차원에서 중립성과 독립성을 인정하고 있는 사법부에 비하여, 행정부는 법적 분쟁의 해결에 관하여 ‘公益’의 명목으로 적극적인 행정작용을 하는 속성이 있기 때문에 그 중립성과 직무상 독립성이 상대적으로 떨어진다는 의문이 제기될 수 있음을 감안하여⁵⁵⁾ 관련 법률규정의 내용과 실무운용을 구체적으로 검토하는 경우, 다음과 같은 구조적 문제점이 발견된다.

예컨대, 환조법 제7조는 중앙환조위를 위원장 1인을 포함한 15명 이내의 위원으로 구성하며, 그 중 상임위원은 3인 이내로 하며, 위원의 임기는 2년으로 하되, 연임할 수 있다고 규정하고 있으나, 1991. 5. 24. 이후 현재까지 위원장이 유일한 상임위원이었고, 약 17년 동안 총 11명의 위원장이 재직하였기 때문에 그 평균임기는 법정임기인 2년에도 훨씬 미달한다.⁵⁶⁾ 한편 중앙환조위를 대표하고 그 직무를 통할하는 위원장은⁵⁷⁾ 사실조사업무를 담당하는 심사관 등을 비롯한 사무국을 통할하고, 특정사건에 대한 관계전문가를 위촉하는 권한을 가지는데,⁵⁸⁾ 위원장 및 사무국 직원들은

⑤ 위원회는 제3항의 규정에 의한 기피신청이 있는 때에는 그 신청에 대한 결정이 있을 때까지 조정절차를 중지하여야 한다.

⑥ 제1항 내지 제5항의 규정은 조정절차에 관여하는 직원 및 제13조제3항의 규정에 의한 관계전문가(이하 “관계전문가”라 한다)에게 이를 준용한다.

55) 조홍식 (각주 6) 65.

56) 중앙환조위 홈페이지 참조. 역대 위원장 11명이 취임하기 이전의 경력을 보면, 대다수가 환경부 소속 고위 공무원으로 재직하다가 위원장으로 임명되었고, 일부는 다른 분야의 행정공무원으로 재직하다가 위원장으로 임명되었음을 알 수 있다.

57) 환조법 제11조 (위원장의 직무 등) ① 위원회의 위원장은 위원회를 대표하고 위원회의 직무를 통할한다.

② 위원장이 부득이한 사유로 인하여 직무를 수행할 수 없는 때에는 당해 위원회의 위원중 위원장이 미리 지명한 위원이 그 직무를 대행한다.

58) 환조법 제13조 (사무국) ① 위원회의 사무를 처리하기 위하여 위원회에 사무국을 둘 수 있다. ② 사무국에는 다음 각호의 사무를 분장하게 하기 위하여 심사관을 둔다.

1. 분쟁의 조정에 필요한 사실조사와 인과관계의 규명

모두 환경부 소속 공무원이다. 이는 최소한 사무국의 운영에 관하여는 위원장이 (合議制 行政機關의 구성원 중 1인이 아닌) 獨任制 行政機關과 유사한 역할을 하고 있다는 취지이다. 그런데 환경분쟁에 대한 실질적인 조사 및 피해에 대한 평가문제는 '심사관'이 담당하고, 외부전문가의 자문 및 분석내용도 심사관이 직권으로 작성하는 심사보고서에 정리되기 때문에, 환조위의 분쟁조정업무에 관하여 기본적으로 심사관에게 과도하게 의탁하는 구조가 된다고 한다.⁵⁹⁾ 이러한 상황에서 환조법은 국가를 당사자로 하는 조정에 있어서 환경부장관이 국가를 대표하는 것으로 규정하고 있고, 사무국의 직원 중에 변호사자격을 가진 자를 포함해야 한다는 규정을 두고 있지도 않다.

한편 우리나라에서는 (재정사건뿐만 아니라)⁶⁰⁾ 조정절차의 진행방식에 있어서 당사자 간의 합의를 촉진한다기보다는 심사관의 사실조사, 전문가의 의견수렴 및 이에 근거한 심사보고서를 조정위원회에서 한 두 차례 검토한 후 일방적으로 조정안을 제시하여 수락을 권고하는 방식으로 이루어지는 등 사실상 재정절차와 동일하게 운영되고 있다고 한다.⁶¹⁾ 즉, 행정작용은 본질적으로 구체적·개별적 법적 분쟁의 타당성 있는 해결보다는 전체적·통일적 행정목적의 달성이라는 목적에 정향되어 있는 만큼 해당 행정기관의 이익에 봉사한다는 의심을 떨치기 쉽지 않은데, (환조위 비상임위원들의 개인적인 자질이나 전문성 등과 관계없이) 그 조정·재정을 하는 토대가 되는 심사관의 사실조사업무 등은 전형적인 행정작용의 모습으로 이루어지기 때문에 구조적인 문제가 있는 것이다.⁶²⁾ 법적 분쟁의 해결에 관하여 사실인정의 중요성은 아무

2. 환경피해액의 산정 및 산정기준의 연구·개발

3. 기타 위원장이 지정하는 사항

③ 위원회의 위원장은 특정사건에 관한 전문적인 사항을 처리하기 위하여 관계전문가를 위촉하여 제2항 각호의 사무를 행하게 할 수 있다.

59) 강정혜(각주 1) 87-88, 95 등 참조.

60) 裁定の 경우 당사자 간의 환경분쟁에 관하여 재정위원회가 준사법적 절차에 따라 인과관계의 유무, 피해액 등에 대한 법률적 판단을 내려 분쟁을 해결하는 제도이다. 당사자 간의 합의를 유도하는 것을 본질로 하는 알선·조정과는 달리 재정은 사실을 근거로 객관적인 판정을 내리는 데 중점을 둔다.

61) 김충목(각주 130) 91.

62) 강정혜(각주 1) 94에는 "심사관이 작성한 심사보고서는 調停案 또는 裁定案의 기초가 된다."라고 기재되어 있다.

리 강조해도 지나치지 않다. 만일 심사관 등이 사실조사업무를 하는 과정에서 자칫 환경부의 입장을 대변하는 것으로 오해를 받는 상황이 발생한다면, 이를 토대로 한 환조위의 조정·재정 역시 동일한 오해를 받을 위험성이 있기 때문이다.⁶³⁾

이에 비하여 일본의 경우 公害等調停委員會는 公害等調整委員會設置法에 따라서 總務省의 外局으로 설치되고(제2조), 위원장을 포함하여 6인의 위원으로 조직되는데(제6조), 상근위원 3인과 비상근위원 3인 모두 兩議院의 동의를 얻어서 국무총리가 임명을 하며(제7조), 직권행사에 있어서의 독립성과 신분보장 등이 보장되고(제5조, 제9조), 그 임기는 5년으로서 再任이 가능하다(제8조). 그리고 위원회는 매년 국무총리를 경유하여 국회에 대하여 소관 업무의 처리현황을 보고해야 한다(제17조). 나아가 위원장을 포함한 상근위원이 3인이고, 위원장에게 사고가 있는 경우 미리 지명된 상근위원이 그 직무를 대행하기 때문에(같은 법 제6조), 위원장의 사무국에 대한 지휘감독권에 관하여도 다른 상근위원들이 실질적으로 관여할 수 있는 가능성이 상대적으로 높아진다.⁶⁴⁾ 또한 같은 법 제19조 제2항은 사무국 직원 중에 변호사 자격을 가진 자를 포함해야 한다고 명시하고 있는데, 이러한 자격요건은 공해등조정위원회가 준사법적 기관으로서 조정 및 재정을 하기 때문에, 사무국의 사실조사과정 등에서도 법률전문가의 역할이 강조될 필요가 있다는 측면을 반영한 것이라고 한다.⁶⁵⁾

위와 같이 제도적인 측면에서 일본의 공해등조정위원회는 상대적으로 민주적 정당성이 강하고, 그 직무상 독립성 및 중립성도 상대적으로 두텁게 보장되고 있다. 여기에 위원회 및 사무국의 구성상 차이점 등을 종합적으로 고려한다면, 일본의 제도를 우리나라의 경우와 완전히 동일한 차원에서 논의하는 것도 다소 무리가 있다고 본다.⁶⁶⁾ 그런데 일본에서도 확정된 조정·재정에 대하여 당사자 사이의 합의로서의 효력만 인정하고 있음은 위에서 살펴본 바와 같다.

그렇다면 민주적 정당성, 직무상 독립성 및 중립성 등의 측면에서 상대적으로 열

63) 이러한 구조적 문제점은 아래에서 살펴보는 職權調停에서 더욱 극명하게 드러난다.

64) 우리 환조법 제11조의 규정도 일본 공해등조정위원회설치법 제6조와 유사한 내용을 규정하고 있으나, 우리나라에서는 위원장을 제외한 나머지 위원 8인이 모두 비상근이라는 차이가 있다.

65) 최철호(각주 12) 559 이하.

66) 일본 제도와 유사한 방향으로 법률적 전문성을 가진 심사관을 충원하는 등 제도개선이 필요하다는 견해로는 강정혜(각주 1) 92 참조.

세인 우리 제도상의 확정된 조정·재정에 대하여 집행력과 기관력을 모두 발생하는 '재판상 화해'와 동일한 효력을 인정하는 것은 법리적 타당성을 인정하기 어려운 것이다.

(나) 職權調停의 문제점

司法權을 가장 덜 위험한 공권력작용이라고 보는 근거는 그 공권력이 당사자의 청구가 있는 경우에 한정하여 행사된다는 점, 즉 公權力行事的 消極性에 있다.

환조위의 조정은 원칙적으로 당사자의 신청에 의해 이루어진다. 그러나 현행 환조법 제30조는 “중앙조정위원회는 환경오염으로 인한 사람의 생명·신체에 대한 중대한 피해, 제2조제2호의 환경시설의 설치 또는 관리와 관련된 다툼 등 사회적으로 과급효과가 클 것으로 우려되는 환경분쟁에 대하여는 당사자의 신청이 없는 경우에도 직권으로 조정절차를 개시할 수 있다(제1항). 제1항에 따른 직권조정 대상, 조정절차 및 직권조정을 수행하는 자에 관한 사항은 대통령령으로 정한다(제2항).”라고 규정함으로써 당사자의 의사와 관계없이 職權으로 조정절차가 개시될 수 있다는 점을 명시하고 있다.⁶⁷⁾ 그리고 현행 법령을 개정 전 환조법 및 그 시행령의 규정과 비교하여 보면, 職權調停의 범위를 대폭 확대하였음을 알 수 있다.⁶⁸⁾ 그러나 이와 같이

67) 환조법 시행령(2008. 9. 18. 대통령령 제21012호로 개정된 것) 제23조(직권조정 대상 및 절차) ① 법 제30조제2항에 따른 직권조정 대상은 다음 각 호와 같다.

1. 환경피해로 인하여 사람이 사망하거나 신체에 중대한 장애가 발생한 분쟁
2. 「환경기술개발 및 지원에 관한 법률」 제2조제2호에 따른 환경시설의 설치 또는 관리와 관련한 분쟁
3. 분쟁조정 예정금액이 10억원 이상인 분쟁

② 중앙조정위원회의 위원장은 법 제30조제1항에 따라 조정절차를 개시하는 경우에는 조정위원 및 심사관을 지명하고, 당사자에게 그 명단과 조정절차가 개시된 사실을 지체없이 통지하여야 한다.

③ 중앙조정위원회의 위원장은 제2항에 따라 지명된 조정위원이나 담당 심사관이 변경된 경우에는 지체 없이 변경된 위원 또는 담당 심사관의 명단을 당사자에게 통지하여야 한다.

68) ○ 개정 전 환조법 제30조 “중앙조정위원회는 중대한 환경피해가 발생하여 이를 방지하면 사회적으로 중대한 영향을 미칠 우려가 있다고 인정되는 경우의 분쟁으로서 대통령령이 정하는 분쟁에 대하여는 당사자의 신청이 없는 경우에도 직권으로 조정절차를 개시할 수 있다.”

○ 개정 전 환조법 시행령(2008. 9. 18. 대통령령 제21012호로 개정되기 전의 것) 제23조(직권조정 대상 및 절차) ① 법 제30조에서 “대통령령이 정하는 분쟁”이라 함은 다음 각호의 1에 해당하는 분쟁을 말한

중앙환조위에게 당사자 사이의 민사분쟁에 관하여 당사자의 의사와 관계없이 직권으로 조정절차를 개시할 수 있는 권한을 부여하는 것 자체가 문제이고, 나아가 위와 같이 개시된 직권조정사건에서 (일반적인 조정사건과 마찬가지로) 심사관들의 심사보고서 등을 근거로 중앙환조위가 당사자에게 일방적으로 조정안을 제시하여 수락을 권고하는 방식으로 조정절차가 진행된다면 이는 구조적으로 더욱 심각한 위험성이 있다고 하겠다.

반면에, 일본 공해분쟁처리법 제27조의 2에 의하면, “피해의 정도가 현저하고 그 범위가 넓은 공해에 관한 민사상 분쟁”이 발생한 경우에도 “당사자의 교섭이 원활하게 진행되지 않는 사안”에 한정하여 중앙위원회 등이 “당사자의 의견을 청취한 다음” 그 의결에 의하여 조정을 개시할 수 있도록 규정하고 있다.⁶⁹⁾ 즉, “당사자의 의견을 청취하는 것”을 요건으로 규정함으로써 당사자들의 자발적인 의사에 토대로 한 ADR의 기본모습을 유지하고 있다는 취지이다.

그렇다면 우리 환조법에 규정된 職權調停은 당사자들의 자발적인 참여에 의한 ADR을 주된 목적으로 하는 것이 아니라 환경분쟁이 행정청 산하기관에서 해결되는 것에 의의를 두고 있는 것이 아닌가 하는 의문이 제기될 수 있을 정도로,⁷⁰⁾ ADR의 일반이론과는 조화되기 어려운 제도라고 할 수 있다. 환경분쟁조정제도가 (전체적·

다.

1. 환경피해로 인하여 사람이 사망하거나 인체에 중대한 장애가 발생한 분쟁
2. 조정가액이 50억원 이상인 분쟁

② 중앙조정위원회의 위원장은 법 제30조의 규정에 의하여 조정절차를 개시하는 경우에는 조정위원 및 심사관을 지명하고, 당사자에게 그 명단과 조정절차가 개시된 사실을 지체없이 통지하여야 한다.

69) 日本 公害紛争處理法 第二十七条之二 (あつせん又は調停の開始等の特例) ① 被害の程度が著しく、その範圍が広い公害に係る民事上の紛争が生じ、当事者間の交渉が円滑に進行していない場合において、当該紛争を放置するときは多数の被害者の生活の困窮等社会的に重大な影響があると認められるときは、中央委員会又は審査会は、当該紛争について、実情を調査し、当事者の意見を聴いた上、その議決に基づき、あつせんを行うことができる。

② 前項の規定による審査会のあつせんは、当該都道府県知事の要請により行うものとする。

③ 第一項の場合において、中央委員会又は審査会は、当事者の住所、紛争の実情その他の事情を考慮して相当と認める理由がある場合に限り、第二十四条第一項又は第二項の規定にかかわらず、それぞれ、審査会等又は中央委員会と協議してその管轄を定めることができる。

70) 이회정, “김용섭, 김유환(각주 5) 논문에 대한 지정토론문”, 저스티스 81호, 한국법학원 (2004. 10) 85.

통일적인 행정목적 달성이 아닌) 구체적·개별적인 법적 분쟁에서 당사자들의 자발적인 의사에 토대로 한 ADR을 지향하고 있다면, 이러한 직권조정제도의 존재의의를 법리적으로 설명하기 어렵기 때문이다. 이와 같이 현행 환조법에 규정된 職權調停 자체를 합헌적인 제도라고 단정하기 어려운 상태에서,⁷¹⁾ 2008. 3. 21. 개정된 환조법 및 이에 따른 시행령은 오히려 그 직권조정의 범위를 대폭 확대하고 있는바, 이러한 법률 및 시행령의 개정취지를 선뜻 납득하기 어렵다.

(다) 調停申請을 한 사건에 대하여 裁定을 하는 사례 등

실무적으로 당사자가 환조법 시행규칙 별지 제16호(裁定申請書) 양식이 아닌 같은 별지 제15호(斡旋·調停申請書) 양식에 따라서 調停申請을 하였는데,⁷²⁾ 중앙환조위에서 (調停이 아닌) 裁定을 하는 사례도 발견된다.⁷³⁾

만일 당사자가 완전히 자발적으로 調停申請을 철회하고 다시 裁定申請을 한 것이라면, 양자는 법적으로 구별되는 별개의 사건이므로 법리적으로 문제가 될 수 없

71) 현행 환조법에서 당사자 의사에 관계없이 행정기관이 私人間的 民事紛爭에 職權으로 介入할 수 있도록 규정한 것 자체가 헌법에 합치된다고 보기 어렵다는 취지이다. 따라서 법령 시행령 등 하위규범의 개정을 통하여 당사자가 신청하는 경우에 한정하여 조정을 하도록 제도를 개선한다고 가정하더라도, 이러한 조치가 근거법률 자체의 위헌성을 치유한다고 볼 수는 없고, 근본적으로 법률조항을 개정해야 한다고 생각한다.

72) 환조법 시행규칙 별지 제15호 양식은 '알선과 '조정' 중 하나를 선택하도록 한글로 기재되어 있기 때문에, 신청인이 그 양식에 기재된 '조정'을 선택하는 경우 '알선신청서'를 제출하지 않은 것은 분명하지만, 調整申請을 한 것인지 아니면 調停申請을 한 것인지가 명확하지 않다고 볼 여지는 있다. 그러나 '裁定申請書' 양식을 별도로 규정한 같은 법 시행규칙 별지 제16호에 비추어 보면, 제15호 양식을 사용한 당사자는 調停申請을 한 것으로 해석함이 상당하다.

73) 신청인들이 2000. 11. 16. 국가를 상대로 서산시 군항공기 비행장 소음으로 인한 양돈 및 정신적 피해분쟁 調停申請을 한 중앙환조 01-3-40 사건 등을 예시할 수 있다
이에 대하여 중앙환조위는 2001. 7. 20. 환조법 제40조의 규정에 따른 裁定[항공기 소음으로 母豚 유산 피해가 발생하였음을 인정하고, 손해배상으로 15,490,000원(모돈 19두 × 815,000원) 및 이에 대하여 재정정본 송달일 다음날부터 완제일까지 연 25%의 지연손해금을 지급하라는 내용과 소음피해 감소를 위한 항로 변경을 하라는 취지의 재정을 하면서, 신청인들 거주지의 소음도가 수인한도를 초과하지 않는다는 이유로 정신적 고통에 대한 손해배상청구는 인정하지 않는다고 판단을 하였다(2008. 10. 현재 대법원에 계속 중인 대법원 2006다84126 사건 참조).

다.⁷⁴⁾ 반면에, 調停申請의 경우 당사자들의 자발적인 의사에 따라서 분쟁을 해결하겠다는 의사표시라는 점 등을 감안한다면, 환조위에서 위와 같은 調停申請의 철회 및 裁定申請을 유도하는 것은 적절한 업무처리라고 보기 어렵다.

특히 국가가 피신청인으로 지정된 사안에서는 환경부장관이 국가를 대표하기 때문에, 위와 같은 실무처리는 법리적으로 더욱 문제가 될 수 있다. 환조법 제66조에 의하면 당사자들이 裁定委員會의 출석요구에 불응하는 등 조사권행사에 제대로 협조하지 않는 경우 환경부장관은 법률 및 대통령령에 따라서 과태료를 부과·징수할 수 있도록 규정되어 있는 반면에, 調停事件에 관하여는 위와 같은 과태료 부과규정이 존재하지 않는다. 이러한 법체계하에서 당사자가 調停申請을 하였음에도 불구하고 중앙환조위가 이를 임의로 裁定事件으로 취급하게 되면, 피신청인의 대표자에게 과태료 부과권한이 존재하지 않는 조정사건이 신청인의 의사와 관계없이 裁定事件으로 바뀌는 결과가 되기 때문에, 자칫 환조위의 중립성에 관하여 불필요한 오해가 발생할 수 있는 것이다.

(라) 중앙환조위의 '환경분쟁사건 배상액 산정기준표'에 관하여

중앙환조위에서 의결하는 손해배상액 산정의 근거는 중앙환조위가 작성한 '환경분쟁사건 배상액 산정기준표'이다. 배상액 산정의 통일성, 공정성, 형평성을 기하기 위하여 위 기준표에 따라서 배상액을 결정하는데, 위 기준표를 의무적으로 적용하는 것은 구체적 타당성을 해할 수밖에 없고, 더욱이 위 기준표의 성격상 거기에 기재된 배상수준이 일반적으로 배상수준이 낮을 수밖에 없어서 2005년도 환경부 고객만족도 조사 당시에 주요 불만 중 하나가 되었다고 한다.⁷⁵⁾

실무적으로 환경분쟁의 손해배상에 관하여 일정한 기준을 설정할 필요가 있다는 점은 수긍할 수 있다. 다만, 행정작용은 전체적·통일적 행정목적의 달성을 것을 본질로 하고 있기 때문에, 행정부에 설치된 환조위의 업무처리의 경우 당사자들로부터 구체적·개별적인 사건의 타당성 있는 해결보다는 확실적인 업무처리를 시도한다

74) 다만 이러한 경우에는 양자는 절차적으로 별개의 사건이므로, 별도의 사건번호를 부여해야 할 것이다.

75) 강정혜(각주 1) 98-99.

는 의심을 받을 위험성이 있다는 측면에서 신중한 접근방식이 필요하다고 본다. 나아가 이에 관하여는 구 국가배상법 제16조에 관한 헌법재판소 1995. 5. 25. 선고 91헌가7 결정에서, “賠償決定節次의 審議會의 第三者性·獨立性이 희박하고, 審議節次의 公正性·慎重性이 결여되어 있으며, 심의회에서 결정되는 배상액이 법원의 그것보다 하회한다.”라는 점 등을 위헌판단의 이유로 실시하였다는 사정도 충분히 감안해야 할 것이다.

(마) 假定的 事例에 관하여

1) 職權調停에 관한 가정적 사례 1.

甲의 父母가 2006. 1. 1. 死亡하였고, 그 死因에 관하여 汚染된 물을 마시고 死亡한 것으로 의심할 수 있는 사정이 있었는데, 중앙환경위에서 수질오염으로 인하여 사람이 사망하였다고 볼 수 있는 가능성이 있다는 이유로 2006. 1. 10. 환조법 제30조, 같은 법 시행령 제23조에 의하여 職權으로 조정절차를 개시하면서, 수질오염에 책임이 있다고 볼 여지가 있는 인근 공장들의 소유자인 A기업과 B기업, 그 인허가 및 수질관리업무를 담당하는 국가(C)와 지방자치단체(D)를 일단 潛在的인 加害者로 파악하고, 亡人들의 상속인인 甲과 A, B, C, D의 명단과 조정절차 개시사실 등을 통지한 사례를 假定하여 본다.

이러한 경우 담당 심사관은 조정절차 제1차 완료기한인 2006. 10. 10.(혹은 제2차 완료기한인 2007. 7. 10.)⁷⁶⁾ 이전까지 사실관계를 조사하게 될 것인데, 그 결과 A기

76) 환조법 시행령 제12조 (조정 처리기간) ① 법 제16조제6항에서 “대통령령이 정하는 기간”이라 함은 다음 각호의 1에 해당하는 기간을 말한다.

1. 알선의 경우 : 3월

2. 조정 또는 재정의 경우 : 9월

② 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 위원회의 결정으로 제1항의 기간을 1회에 한하여 제1항 각호의 기간 내에서 연장할 수 있다.

1. 당사자등의 동의를 있는 경우

2. 농작물의 피해로 인한 분쟁, 인체의 피해로 인한 분쟁 등 인과관계의 입증 또는 배상액의 산정에 장기간이 소요되는 경우

업에서 오염된 폐수를 방류한 사실 및 그 폐수의 오염물질과 망인들의 死因 사이의 인과관계 등을 확인하였으나, B기업의 폐수방류사실이나 국가(C), 지방자치단체(D) 소속 공무원들의 책임 등을 확인하지 못한 경우, 중앙환조위에서는 이러한 심사보고서를 토대로 하여 1-2차례 심의를 한 다음 상대방인 A기업에 대한 책임은 인정하고, B, C, D의 책임을 모두 부정하는 조정을 하게 될 것이다. 그리고 가정적 사례 1.의 경우, 甲의 입장에서는 자신이 제기하지도 않은 조정절차에서 A기업의 책임이 인정되었기 때문에, 이를 받아들일 가능성이 높다(물론 이러한 직권조정의 결과에 대하여 甲이 동의하지 않고 B, C, D에 대하여 민사소송을 제기할 가능성을 배제할 수는 없지만, 가정적 사례 1.과 같은 사안에서 甲은 적극적인 소제기 및 소송수행에 관한 준비를 하지 않은 경우가 많을 것이고, 따라서 甲이 조정을 수용할 가능성이 실질적으로 높아지는 것이다).

문제는 위와 같은 조정 당시에 이미 A기업의 재산에 대해서는 근저당권자 등 선순위 채권자들이 존재하기 때문에 甲이 실제로 A기업으로부터 손해배상을 받을 수 없는데(A기업의 無資力), 2007. 7. 10. 이후에 資力이 있는 B기업의 폐수방류사실이나 국가(C), 지방자치단체(D) 소속 공무원들의 책임 등이 뒤늦게 드러날 수도 있다는 것이다. 현행 환조법과 같이 확정된 조정에 대하여 재판상 화해와 동일한 효력을 인정하게 되면, 既判力의 법리에 의하여 甲은 B, C, D에 대하여 민사소송 또는 국가배상청구를 할 수 없게 된다.

반면에, 개정 전 환조법과 같이 확정된 조정에 대하여 私的인 合意의 효력만을 인정하는 경우, 구체적인 사정에 따라서 B, C, D의 귀책사유가 분쟁의 대상이 아니었다고 볼 여지가 있다면 법원이 私法上 和解契約의 取消을 인정할 수도 있기 때문에, 그 범위 내에서 甲의 민사소송이 인용될 수도 있는 것이다.⁷⁷⁾

77) 이에 관하여는 다음과 같은 대법원 1997. 4. 11. 선고 95다48414 판결 등을 참고할 수 있다.

[1] 민법상의 화해계약을 체결한 경우 당사자는 착오를 이유로 취소하지 못하고 다만 화해 당사자의 자격 또는 화해의 목적인 분쟁 이외의 사항에 착오가 있는 때에 한하여 이를 취소할 수 있으며, 여기서 '화해의 목적인 분쟁 이외의 사항'이라 함은 분쟁의 대상이 아니라 분쟁의 전제 또는 기초가 된 사항으로서, 쌍방 당사자가 예정한 것이어서 상호 양보의 내용으로 되지 않고 다름이 없는 사실로 양해된 사항을 말한다.

[2] 교통사고에 가해자의 과실이 경합되어 있는데도 오로지 피해자의 과실로 인하여 발생한 것으로 착각하고 치료비를 포함한 합의금으로 실제 입은 손해액보다 훨씬 적은 금액인 금 7,000,000원만을 받고 일체의

위와 같은 문제점을 고려한다면, 가정적 사례 1.과 같은 사안에서 당해 環境紛爭이 그 성질상 調停을 하는 것이 적당하지 아니하다는 이유로 중앙환조위가 환조법 제34조에 근거하여⁷⁸⁾ 조정을 하지 않는 것이 바람직하다고 볼 수도 있다. 그러나 위 환경분쟁에 관한 사회적인 과급효과가 클 것으로 우려된다는 이유로 (甲의 조정신청 없이) 職權으로 조정절차를 개시함이 상당하다고 판단한 중앙환조위가 막상 그 절차를 마무리하는 단계에서는 그 분쟁의 성질상 조정을 하는 것 자체가 적당하지 않다는 이유를 들어서 위와 같은 조치를 하는 것이 법리적으로 가능한지, 나아가 이러한 조치가 실무적으로 과연 이루어질 수 있을 것인지 등에 대해서는 상당한 의문이 있다.

그렇다면, 職權調停의 결과에 대하여 재판상 화해와 동일한 효력을 부여하는 법률 규정은 우리 헌법에 합치된다고 보기 어렵다고 생각한다. 관련 법률의 규정은 甲의 주관적인 사정을 고려하지 아니한 채 행정기관이 일방적으로 개시한 절차에서 甲에게 불리한 결정을 한 다음, 甲이 적극적으로 불복하지 않으면 甲의 민사적 권리에 관하여 既判力の 法理가 바로 적용된다는 내용이 되기 때문이다.

2) 당사자의 裁定申請을 토대로 한 假定的 事例 2.

나아가 假定的 事例 1.을 약간 수정하여, 甲이 2006. 1. 10. 중앙환조위에 재정신청을 한 가정적 사례 2.의 경우에도 유사한 문제가 발생한다.

물론 甲이 자발적으로 裁定申請을 하였다든 점에서, 중앙환조위 재정결정의 확정으로 인하여 甲은 더 이상 B, C, D에 대하여 민사소송 또는 국가배상청구를 할 수 없다고 간주하는 것이 법리적으로 전혀 불가능하다고 보기는 어렵다. 즉, 쌍방 당사자에게 재정결과에 대하여 불복하여 민사소송을 제기할 수 있는 기회가 제공되고 있

손해배상청구권을 포기하기로 합의한 경우, 그 사고가 피해자의 전적인 과실로 인하여 발생하였다는 사실은 쌍방 당사자 사이에 다툼이 없어 양보의 대상이 되지 않았던 사실로서 화해의 목적인 분쟁의 대상이 아니라 그 분쟁의 전제가 되는 사항에 해당하는 것이므로 피해자측은 착오를 이유로 화해계약을 취소할 수 있다고 한 사례.」

78) 환조법 제34조 (調停을 하지 아니하는 경우) ① 調停委員會는 당해 紛爭이 그 성질상 調停을 하는 것이 적당하지 아니하다고 인정하거나 當事者가 부당한 目的으로 調停을 申請한 것으로 인정되는 때에는 調停을 하지 아니할 수 있다.

② 調停委員會는 第1項의 規定에 의하여 調停을 하지 아니하도록 決定한 때에는 그 사실을 當事者에게 通知하여야 한다.

다는 형식적인 측면을 중시하는 경우 이에 관하여 不提訴特約과 유사한 법률효과를 발생시키는 것이 허용된다고 볼 수 있기 때문이다.

다만, 현행 환조법에 따르면 중앙환조위의 경우 재정절차의 1차 완료기한인 2006. 10. 10.(혹은 제2차 완료기한인 2007. 7. 10.)까지 재정사건을 종결해야 한다는 점, 심사관이 職權으로 작성하는 심사보고서가 사실인정에 결정적인 역할을 하고 있다는 점 등을 종합적으로 고려한다면, 甲이 행정기관 주도의 ADR에서 이루어진 B, C, D에 대한 청구기간 재정결정을 수동적으로 수용하였다는 사정만으로 바로 既判力の 法理를 적용하는 것이 과연 헌법재판소 1995. 5. 25. 선고 91헌가7 결정취지에 부합하는지에 대해서는 상당한 의문이 있다. 그리고 쌍방 당사자가 위와 같은 절차를 실질적으로 주도하지 못하고 오히려 행정기관에서 그 절차적 주도권을 행사하는 경우, 이러한 裁定에 대하여 당사자들이 불복하지 않았다는 사정만으로 당사자들의 의사에 실질적으로 부합하는 ADR이 이루어졌다고 단정할 수 있는지에 대해서도 근본적인 의문이 제기될 수 있는 것이다.

3) 당사자의 裁定申請을 토대로 한 假定的 事例 3.

다른 측면에서 위 假定的 事例 1. 2.를 수정하여, 甲이 2006. 1. 10. 중앙환조위에 재정신청을 하였는데 심사관이 職權으로 사실관계를 조사하면서 A기업에서 오염된 폐수를 방류한 사실은 확인하였으나 그 폐수의 오염물질과 망인들의 死因 사이의 인과관계 등을 제대로 확인하지 못한 반면에, 국가(C)나 지방자치단체(D) 소속 공무원들이 B기업의 폐수방류사실을 은폐한 점을 그 때까지 미처 발견하지 못한 가정적 사례 3.에 대하여 살펴본다.

불법행위 책임의 성립에 관련된 사건에서, 피해자라고 주장하는 사람이 항상 진정한 피해자라고 볼 수 없고, 나아가 가해자로 지목된 사람이 실제로 발생한 피해에 대한 책임을 부담해야 될 사람이라고 단정할 수 없다는 일반원칙에 비추어 본다면, 위 가정적 사례 3.에서 환조위는 甲의 A, B, C, D에 대한 재정신청을 전부 기각해야 할 것이다.⁷⁹⁾

79) 당사자가 조정신청을 한 경우에는 환조위가 환조법 제34조에 근거하여 조정을 하지 아니하는 조치를 할 수도 있으나, 재정신청에 관하여는 환조법 제34조가 적용되지 않는다.

그러나 위 2)항과 같이 기판력의 법리로 인하여 甲이 결정적으로 불리한 상황이 발생할 위험성이 있는 점, 이러한 구조적 문제가 환조위 심사관의 職權調查의 不實과 밀접하게 관련된다는 점, 어쨌든 망인들이 오염된 물로 인하여 사망하였다는 결과 등을 고려하여 환조위에서 A기업이 제출하는 반대증거를 제대로 파악하지 않고 A기업에 대한 재정신청 중 일부만 인정하고, B, C, D에 대하여 손해배상청구를 할 수 없다는 재정결정을 하는 상황이 발생할 수도 있을 것이다. 즉, 망인의 사망이라는 결과를 중시하게 되면, 자칫 상대방으로 지목된 A기업의 반대증거를 제대로 고려하지 않고 사건처리기한에 쫓겨서 (진정한 책임자인 B기업이 아닌) A기업에게 책임을 묻는 재정을 하게 될 구조적 위험성이 있다는 것이다.

반면에 이러한 구조적 위험성 등을 감안하여, 가정적 사례 3.에서 환조위가 법률이 정한 사건처리기한과 관계없이 재정사건의 처리를 계속 미루는 경우, 간이하고 신속한 사건의 해결이라는 ADR의 특성이 완전히 몰각될 수 있다. 辯論主義와 處分權主義의 원칙이 적용되는 민사소송에서 불법행위에 관한 재판이 늦어지는 주된 원인 중 하나는 피고로 지목된 사람의 귀책사유 또는 인과관계의 입증에 쉽지 않거나 서로 대립하는 증거들이 제출되기 때문인데, 이러한 사안에서 법원은 확정된 재판에 대해서는 예외 없이 既判力の 法理가 적용된다는 점을 항상 인식할 수밖에 없다. 즉, 법원은 변론주의 등의 적용을 받는 민사소송에서 최종적으로 주장·입증책임에 다하지 못한 당사자가 불리한 결과를 감수해야 한다는 법리에 따라서 사건을 처리하고 있고, 이러한 당사자주의의 논거가 민사재판의 정당성에 관한 궁극적인 토대라고 할 수 있는 것이다. 그런데 실무적으로 사실조사에 관하여 심사관이 직권으로 작성하는 심사조사서에 상당히 의존하고 있는 등 職權主義의 性格이 강하게 나타나고 있는 환조위의 재정절차에서 피해자라고 주장하는 甲이 주장·입증책임을 제대로 하지 못하였다는 이유로 불리한 결정을 하는 것이 어디까지 용인될 것인지에 관하여 근본적인 의문이 제기될 수 있는 것이다. 한편 가해자로 지목된 A기업의 반대증거를 제대로 반영하지 않는 경우 가정적 사례 3.과 같은 사안에서 자칫 비합리적인 결과가 발생할 가능성이 높다는 점은 위에서 살펴본 바와 같다.

위와 같은 職權主義의 문제점, ADR은 본질적으로 당사자들의 의사를 실질적으로 반영해야 한다는 점 등을 종합적으로 고려한다면, 재정의 결과에 대하여 기판력을 부

여하는 현행법 규정이 타당한지는 의문이다. 오히려 재정에 대하여 私的 合意의 효력을 인정하는 개정 전 환조법 규정의 경우, 당사자들에 대하여 일반적인 구속력을 인정하면서도, 개별 사안에서 쌍방의 이해관계를 형량함으로써 구체적인 타당성을 도모할 수 있는 합리적인 방안이었다고 생각한다.⁸⁰⁾⁸¹⁾

(바) 소결론

환경분쟁조정제도에 관한 법률규정 및 실무운용 등을 헌법재판소 판례에 비추어 살펴보면, 현행 환조법의 규정 중 환조위의 조정·재정에 대하여 執行力과 既判力을 모두 발생하는 ‘재판상 화해’와 동일한 효력을 인정한 부분이나 職權調停에 관한 부분 등에 대해서는 위헌성 논란이 제기될 수밖에 없다. 행정기관이 주관하는 ADR의 결과에 ‘재판상 화해’와 동일한 효력을 인정하는 법률의 합헌성에 대해서는 엄격한 심사가 필요하기 때문이다. 그리고 환경분쟁조정제도에 관하여 既判力의 法理를 도

80) 개정 전 환조법 규정에 의하는 경우, A기업에 대한 심사관의 사실인정이 전혀 근거가 없는 사안에서는 A 기업이 다음과 같은 대법원 2001. 10. 12. 선고 2001다49326 판결을 인용하여 한정된 범위 내에서 채무부존재확인소송을 제기할 여지도 있다.

『의사의 치료행위 직후 환자가 사망하여 의사가 환자의 유족에게 거액의 손해배상금을 지급하기로 합의하였으나 그 후 환자의 사망이 의사의 치료행위와는 전혀 무관한 것으로 밝혀진 사안에서, 의사에게 치료행위상의 과실이 있다는 점은 위 합의의 전제이었지 분쟁의 대상은 아니었다고 보아 착오를 이유로 화해계약의 취소를 인정한 사례.』

81) 다만 위와 같은 민법상의 화해계약의 취소가 폭넓게 인정되는 것이 아니라는 점에 관하여는 다음과 같은 대법원 2004. 6. 25. 선고 2003다32797 판결 참조.

『이 사건 합의 이전에 원고의 손실보상 또는 손해배상청구에 대하여 피고는 손실보상 사유에 해당하지 않는다거나 공사로 인한 소음 정도가 기준에 미달하여 손해배상책임이 없다는 취지의 주장을 하여 왔고, 이에 대하여 원고가 이 사건 소송을 제기하여 제1심 재판이 진행되는 상황에서 이 사건 합의를 한 것이므로, 이 사건 합의에서 손실보상 또는 손해배상책임 유무는 단순히 분쟁의 전제 또는 기초가 된 사항으로 쌍방 당사자가 예정한 것이어서 상호 양보의 내용으로 되지 않고 다툼이 없는 사실로 양해된 사항이 아니라, 화해의 목적인 분쟁의 대상 그 자체에 해당한다고 봄이 상당하고, 따라서 피고가 주장하는 바와 같은 이 사건 공사로 인한 양계 피해가 없다는 사유로는 이 사건 합의를 취소할 수는 없다고 할 것이므로, 같은 취지의 원심의 판단은 옳은 것으로 수긍이 가고, 거기에 화해계약의 취소에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다.』

입하는 것은 신청인과 상대방 모두에 대하여 '양날의 칼'로서 작용할 수 있는 위험성을 내포하는 것이다.

그런데 경제학적 분석에 의하면, 만일 ADR이 실제로 당사자들의 자발적인 참여에 의하여 진행된다면, 그 결과에 대하여 굳이 私的 合意 이상의 구속력을 인정하지 않더라도 거기에 구속력을 인정할 것과 실질적으로 동일한 결과에 도달할 수 있다고 한다.⁸²⁾

그렇다면 현행 환조법에 규정된 職權調停이나 조정·재정의 효력 등에 관하여 전면적인 재검토가 필요하다고 생각한다. 실질적인 효과를 기대하기 어려운 법률규정의 도입으로 인하여 제도 전체의 정당성에 문제가 발생할 우려가 있다면, 해당 법률 조항을 조속히 개정하는 것이 오히려 현명한 선택이 될 수 있기 때문이다.

2. 환경분쟁조정제도의 개선을 위한 제안

(1) 제도개선의 필요성

현행 환경분쟁조정제도에 관한 법률규정 및 실무운용에 대한 검토과정에서, 그 제도개선이 필요성이 어느 정도 드러났다고 할 수 있다. 위헌성 논란에 관하여는 제6항에서 이미 검토하였으므로, 아래에서는 이를 제외한 사항에 관하여 단기적인 제안과 중장기적인 제안으로 나누어서 이를 정리하기로 한다.

(2) 단기적인 제안

(가) 當事者의 自律을 토대로 한 분쟁해결의 중요성

환경분쟁조정제도의 이용이 점차 활발해지고 있다고 볼 수는 있으나, 그 분쟁해결에 대한 기여도에 대한 평가에는 논란이 있을 수 있다. 환조위를 통하여 해결되는 사안들은 비교적 경미한 환경분쟁인 경우가 대부분이고 대규모 분쟁 사건들은 결국 소

82) 상세한 내용은 조홍식(각주 6) 33 이하 참조.

송으로 이행하게 되는 점에서 우리 국민은 중요한 분쟁에 있어서는 당사자 합의 방식보다는 궁극적으로 법원의 법 판단을 요구하고 있다는 점을 확인할 수 있고, 분쟁 조정제도보다 재판제도를 더 신뢰하고 있다는 점을 알 수 있기 때문이다.⁸³⁾

그런데 우리나라에서는 일본의 경우와 달리 재정사건 중심으로 환경분쟁조정제도가 운용되고 있기 때문에, 그 기본취지인 당사자들의 자율적인 의사를 토대로 한 분쟁의 해결이라는 ADR의 본래 모습과 괴리되고 있다는 비판이 제기되고 있다. 예를 들어, “재정제도는 간편하고 신속한 환경분쟁해결제도로서 그 의미는 매우 크다고 할 수 있으나, 재정위주로의 사건 처리는 실제 조정제도의 본질인 양당사자의 자유의사에 의한 합의를 유도하는 것이 아니라, 일방적인 결정의 내용을 당사자에게 수용할 것을 강요하는 형식이 되므로 법관이 아닌 자에 의하여 재판을 받는 것과 같은 형식을 갖게 된다. 그리고 재정은 준수법적 절차로서 공권적인 판단을 하는 것이므로 중앙조정위원회의 활동이 재정 위주로 운영될 것 같으면, 조정 위원 중 법률 전문가의 숫자의 증원이 필요하다고 할 것”이라든지,⁸⁴⁾ 또는 “중앙환경분쟁조정위원회의 절차 운영을 보면 조정 제도 중에서 중요한 조정 기능이 소홀히 되고 있다. 이는 조정 제도 운영의 미흡 및 재정결정에 대한 당사자의 소 제기라는 추가적인 절차에 분쟁 해결을 떠넘긴다는 점에서 바람직스럽지 못하다. 또한 조정절차의 진행방식에 있어서의 조정사례를 보면 심사관의 사실조사, 전문가의 의견수렴 및 이에 근거한 심사보고서를 조정위원회에서 한두 차례 검토해 본 후 일방적으로 조정안을 제시하여 수락을 권고한다. 이와 같은 조정절차의 운영과 조정을 당사자의 조정절차를 통해 합의를 성립시킨 것이 아니라 위원회에서 제시한 조정안에 대하여 거부 의사표시가 없었는 사실을 연결 지어 보면 문제되는 바를 파악할 수 있다.”라는 등의 비판을 예시할 수 있다.⁸⁵⁾

그렇다면, 환경분쟁조정제도가 바람직한 ADR로 정착하기 위해서는 우선적으로 當事者의 自律의 意思를 토대로 한 분쟁의 해결이라는 ADR의 기본을 준수하는 것을 가장 중요한 원칙으로 삼아야 한다. ADR의 경우 당사자들은 중립적인 제3자에 대하여 그들의 이야기를 말할(tell their story) 기회를 더 많이 제공받을수록 그 절차에

83) 김유환(각주 25) 91.

84) 전경운, “환경분쟁조정제도의 현황과 문제점”, 환경법연구, 제26권제3호. (2004) 234, 239.

85) 김충복(각주 130) 91.

대한 만족도가 높아진다는 사회과학적 연구결과⁸⁶⁾ 등에 비추어 보면, 설령 환경분쟁 조정제도가 당사자들에게 실제적으로 타당한 구제방법을 제공하고 있다고 하더라도, 해당 절차진행에 관하여 당사자의 임의적인 의사가 전제되지 않는다면 당사자가 그 결과에 대하여 만족하지 못할 가능성이 높아지기 때문이다.

우리나라에서는 법적 분쟁에 직·간접적으로 관련된 행정기관이 별다른 법적 근거 없이 피해자들에 대한 보상절차를 주관하면서 당사자들에게 행정기관이 일방적으로 마련한 보상방안을 수용할 것을 중용하는 등 節次的 公正性에 중대한 문제를 야기하였던 사례가 적지 않았기 때문에,⁸⁷⁾ 위와 같은 기본원칙에 대한 중요성은 아무리 강조해도 지나치지 않는다고 본다.

(나) 실제법적인 측면에 관하여

다른 측면에서, 민사소송절차에서 판사의 화해권고에 따라 화해가 성립하는 원인은 당사자가 그 내용에 동의해서가 아니라 그 화해권고안의 실질적 내용이 판결과 유사하기 때문이라는 주장도 유력하게 제기되고 있다. 이러한 측면을 고려한다면, 환경분쟁조정과정에서 해당 분쟁의 실체에 관하여 상당한 범위 내에서 사실조사가 이루어지는 경우에 비로소 환조위가 제시하는 調停案 또는 裁定案이 당사자들에게 설득력을 가질 수 있다고 하겠다.⁸⁸⁾

이는 환경분쟁에 관한 분쟁해결비용 중 誤判費用의 절감을 통하여 총비용을 최소화한다는 논점과 밀접하게 연관되는 것이다. 예컨대 환경피해에 관한 민사상 분쟁에 관한 환조위의 ② 유형 재정에 대하여 당사자들이 불복하여 민사소송을 제기한 경우, 법원에서 재정결과를 사실상 그대로 인용하여 판결을 선고하는 비율이 높아지면 높아질수록 바람직한 ADR로서 실질적인 역할을 수행한다고 볼 수 있는 것이다.⁸⁹⁾

따라서 심사관 및 외부전문가가 조정·재정사건에 관한 사실조사를 하는 경우, 피해자들에 대한 개별적인 조사가 필요하고 그에 대한 피해액수의 산정도 원칙적으로

86) Bundy(각주 99) 178-183.

87) 이에 관하여는 김시철(각주 7) 428 이하 참조.

88) 이에 관하여는 김시철(각주 7) 437 이하 참조.

89) 同旨, 조홍식(각주 6) 41 이하.

구체적·개별적인 접근방식을 취하여야 할 것이다. 만일 일반적인 행정작용과 같이 전체적·통일적인 접근방식을 취하게 되면 자칫 해당 분쟁의 실체를 제대로 파악하지 않고 분쟁해결을 시도하였다는 오해를 받을 수 있다. 나아가 당사자들이 환조위의 조정 등에 불복하여 후속 민사소송이 진행되는 경우에도, 심사관의 심사보고서 등이 개별사건에 대한 신빙성 있는 증거로 활용할 수 있어야만 바람직한 ADR로서 실질적인 역할을 수행한다고 볼 수 있음은 위에서 본 바와 같다. 같은 맥락에서 중앙환조위의 '환경분쟁사건 배상액 산정기준표'를 실무에 적용함에 있어서도 개별사안에 따른 탄력성을 인정할 필요가 있다.

만일 미국의 Civil Procedure에 적용되는 증거법칙에 의하는 경우, 국가가 피신청인이 되는 재정사건에서는 환경부 소속 공무원인 심사관이 분쟁해결을 위하여 작성한 심사보고서 등에 대하여 證據能力을 인정할 수 있는지에 대하여도 논란이 제기될 수 있다. 신청인의 입장에서는 심사관이 편견(bias)을 가지고 심사보고서를 작성하였다는 의문을 제기할 수도 있기 때문이다.⁹⁰⁾ 그러나 우리 민사소송법에 의하면 최소

90) 이에 관하여 Jay E. Grenig, *Alternative Dispute Resolution*, Thomson Reuters/West (3rd ed. 2008), § 7:41에는 다음과 같이 기재되어 있다.

"Arbitrators must disclose any nontrivial dealings with one party that are not known to the other party. The arbitrator can be challenged for cause if the dealings are nontrivial. If a party is fully aware of all of the facts that would disqualify an arbitrator, but does not challenge the appointment, the party waives the right to object.

The Revised Uniform Arbitration Act requires arbitrators to make certain disclosures. Arbitrators must tell the parties involved in the arbitration "any known facts that a reasonable person would consider likely to affect the impartiality of the arbitrator," including any financial interest in the outcome of the proceedings and any existing or past relationship with a party to the arbitration. An arbitrators' failure to make the required disclosures does not open the arbitrator to civil liability, but, upon timely objection of a party, an award may be vacated.

While a relationship between an arbitrator and a party may not necessarily disqualify the arbitrator, if it is of such a nature so as to preclude impartiality on the arbitrator's part, it will furnish a basis for disqualification. There should be no conduct indicative of friendship or favor of one side or which may reasonably tend to awaken suspicion of such a leaning. To disqualify an arbitrator, the objecting party need not show that an adverse decision actually resulted from prejudice or bias influenced by the arbitrator's appointment. An interest in the subject matter of a dispute, not known to the adverse party,

한 위와 같은 심사보고서가 證據能力의 흠결을 이유로 배척되지 않을 것이다. 다만 위와 같은 유형의 사건에서는 특히 심사보고서의 증명력 내지 증거가치에 문제가 발생하지 않도록 실무적으로 각별히 유의하는 것이 필요하다고 본다.

(다) 당사자들의 交渉力 차이에 관하여

환경분쟁의 경우 쌍방 당사자들 사이에 교섭력의 차이가 존재할 수 있는데, 이로 인하여 ADR의 결과가 실질적으로 불공정하게 될 가능성이 있다. 환조법은 환조위위원의 자격요건을 엄격하게 규정하여 그 전문성을 담보하는 등 다양한 방법으로 위와 같은 교섭력의 차이를 극복하기 위한 제도적 장치를 하고 있는데,⁹¹⁾ 실무운영에서도 이러한 문제점 극복에 관한 지속적인 노력이 요망된다.

(3) 중장기적인 제안

(가) 환경분쟁조정제도와 ① 유형 ADR에 관하여

우리 제도의 모델이 되었던 일본의 경우, 공해분쟁처리제도에서 처리하는 환경분쟁의 형태가 점차 ‘산업형공해에서 도시생활형공해’로, ‘사후대책형으로부터 사전예방형’으로, 그리고 ‘개인 간의 민사분쟁형으로부터 국가나 지방공공단체 등을 직·간접의 당사자로 하는 공법형 분쟁’으로 변화하고 있고, 이와 함께 그 청구사항의 내용도 형식적으로는 손해배상 내지 시설의 건설중지 등 민사사건의 형태를 취하면서도 실

will disqualify an arbitrator.

It is appropriate for a party to seek an arbitrator with known or supposed attitudes towards certain types of cases and thus try to select an arbitrator who may look favorably on the party's position. More importantly, a party should avoid the selection of an arbitrator whose background, prior decisions, or other history indicates a bias or prejudice against the party's position.

In 2002 California enacted legislation, effective January 1, 2003, calling for broad disclosure standards for arbitrators.”

91) 이에 관한 상세한 내용은 조홍식 (각주 6) 66 이하 참조.

질적으로는 행정시책의 흠결 내지 행정상의 감독 책임을 따지는 사건이 증가하고 있어서 직접 국가·지방공공단체 등을 피신청인으로 하여 조정을 신청하는 사건이 증가하고 있다고 한다.⁹²⁾ 또한 일본 공해분쟁처리법 제49조에 근거하여 운영되고 있는 公害苦情相談制度는 국민들의 민원을 처리하는 'Ombudsman 제도'와 유사한 기능을 하고 있음은 위에서 본 바와 같다.

민사적 분쟁을 해결하는 ② 유형 ADR의 측면에서는 특히 국가 등이 피신청인으로 지정된 사건에서 환조위가 행정기관의 하나라는 점이 상당한 걸림돌이 될 여지가 있음은 위에서 살펴본 바와 같다. 그러나 事前的 行政節次에 관한 ① 유형 ADR의 측면에서는 동일한 사항이 오히려 장점으로 작용할 수 있다. 법원이 주관하는 소송절차를 통하여 분쟁을 해결하는 경우, 설령 분쟁의 효과적 해결에 도움이 될 수 있는 사항이 있다고 하더라도, 법원이 그 판결내용을 통하여 행정기관에 대하여 법률에 근거하지 아니한 조치를 바로 요구하는 것이 권력분립의 원칙에 위배될 우려가 있지만, 환조위와 같이 행정부 내부기관에서는 헌법상의 장애사유가 발생하지 않기 때문에 그 결정내용에 관하여 유연성을 발휘할 여지가 있기 때문이다.⁹³⁾ 환조법 제15조의 2,⁹⁴⁾ 제18조는⁹⁵⁾ 우리 환조위가 환경분쟁에 관하여 위와 같은 ① 유형 ADR을 실시할 수 있는 최소한도의 근거규정이 될 수 있을 것이다.

나아가 환경문제에 관한 다수 이해관계자가 있는 사안에서, 행정기관이 이러한 다양한 이해관계의 조정자로서 1차적 결정권을 행사함에 있어서 환경분쟁조정제도를

92) 최철호 (각주 12) 556 이하 참조.

93) 同旨, 류지태, (각주 144) 47.

94) 환조법 제15조의2 (의견의 통지) 위원회는 그 소관 업무의 수행으로 얻게 된 환경보전 및 환경피해방지를 위한 개선대책에 관한 의견을 관계 행정기관의 장에게 통지할 수 있다.

95) 환조법 제18조 (관계기관의 협조) ① 위원회는 분쟁의 조정을 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 관계 행정기관의 장에 대하여 자료 또는 의견의 제출, 기술적 지식의 제공, 환경오염물질의 측정 및 분석 등 필요한 협조를 요청할 수 있다.

② 위원회는 분쟁의 조정에 있어서 환경피해의 제거 또는 예방을 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 관계행정기관의 장에 대하여 환경피해의 원인을 제공하는 자에 대한 개선명령, 조업정지명령 또는 공사중지명령등 필요한 행정조치를 취하도록 권고할 수 있다.

③ 제1항 및 제2항의 규정에 의한 협조를 요청받거나 권고를 받은 관계행정기관의 장은 정당한 사유가 없는 한 이에 응하여야 한다.

행정관청의 일방적인 결정방식(행정행위)의 대안으로도 활용할 수 있을 것이라는 주장이 제기되고 있는데,⁹⁶⁾ 이는 향후 입법조치 또는 실무운영에 따라서 환경분쟁조정 제도가 ①유형 ADR로 활용될 수 있음을 시사하는 것이다.

따라서 중장기적으로 환경분쟁조정제도를 ① 유형 ADR로서 활성화시킬 수 있는 방안에 대한 실질적인 연구 검토가 필요하다고 생각한다.

(나) 환조위의 구성 등에 관한 제도개선

환조법에 따른 우리 제도와 일본 제도와 구체적으로 비교하여 보면, 일본의 공해 등조정위원회의 인적 구성이 상대적으로 우월하고 그 분쟁처리의 제도적 틀이 ADR 일반이론에 좀 더 충실하다는 점을 부인하기 어렵다.

향후 환조위의 실질적 역할을 강화하기 위해서는 직권조정과 같은 문제가 있는 제도의 정비, 환조위의 위상 및 인적 구성의 강화 등 제도개선 노력이 필요한데, 그 과정에서 일본이나 미국의 법제도에 대하여 실증적인 연구검토를 하는 것이 바람직하다고 본다.

III. 結論

이 논문에서는 환경분쟁조정제도와 ADR 일반이론의 상관관계에 관한 쟁점 중에서 현재까지 충분한 논의가 되었다고 보기 어려운 몇 가지 사항에 관하여 분석·검토하고자 노력하였다. 부족한 점이 많지만, 이러한 시도가 이론적·실무적인 측면에서 우리 법제도의 이해과 개선에 조금이나마 도움이 되었으면 한다.

96) 이회정(각주 1) 6, 35 등 참조.

참고 문헌

- 국내 문헌 -

1. 강정혜, “환경분쟁조정위원회의 구성 및 조정절차의 개선방안”, 環境法研究 第28卷 1號, 韓國環境法學會(2006)
2. 김경배, “대체적 분쟁해결제도(ADR)의 활성화 방안에 관한 고찰”, 중재연구 12권 1호, 사단법인 한국중재학회 (2002. 8)
3. 김민중, “소송외적 방법에 의한 환경오염피해분쟁의 해결제도”, 비교사법, 제2권 제2호, (1995.12)
4. 김상수, “환경분쟁해결을 위한 재판과 ADR의 역할 분담”, 環境法研究 第28卷 1號, 韓國環境法學會(2006)
5. 김시철, “우리 나라와 美國의 民事訴訟制度에 대한 比較法的 分析 -事實發見節次 (Fact-finding) 및 이에 관한 民事訴訟法 改正案을 中心으로-”, 재판자료집 89집, 법원도서관 (2000년)
6. 김시철, “우리나라와 美國의 ADR에 대한 比較法的 檢討”, 21世紀 韓國民事法學의 課題와 展望, 心堂 宋相現先生 華甲紀念論文集 (2002)
7. 김시철, “우리 違憲法律審判節次 등의 審判對象(審査範圍)”, 憲法實務研究, 제4권 (2003)
8. 김시철, “違憲法律審判節次에 관한 몇 가지 논의”, 憲法論叢 제16집 (2005)
9. 김시철, “駐韓 美國人 夫婦의 離婚 및 未成年子女에 관한 養育處分 등에 대하여 - 離婚裁判管轄權 및 準據法에 관한 우리제도와 미국제도에 대한 比較法的 檢討를 中心으로 -”, 저스티스 96호, 한국법학원 (2007. 2)
10. 김시철, “憲法的 爭點에 관한 法院의 審理 및 判斷”, 公法研究 第35집 제4호, 한국공법학회 (2007. 6.)
11. 김용섭, “행정법상 분쟁해결수단으로서의 조정”, 저스티스 81호, 한국법학원 (2004.10)
12. 김유환, “행정사건에 대한 재판외분쟁해결제도”, 법학논집, 제6권제2호, (2001)

13. 김유환, “법원에서의 행정사건에 대한 재판외분쟁해결제도”, 현대공법학의 과제, 청담 최송화 교수화갑기념 논문집 (2001)
14. 김유환, “국민참여에 의한 행정분쟁해결제도”, 저스티스 81호, 한국법학원 (2004.10)
15. 김충목, “환경분쟁조정제도에 관한 연구”, 법학연구, 제4권제1호, (2000)
16. 류지태, “환경오염피해분쟁조정제도의 비교법적 고찰”, 인권과 정의, 제219호, (1994.11.)
17. 박윤훈, 최신 행정법강의(상) 개정판, 박영사 (1999)
18. 이규진, “미국 ADR에 비추어 본 우리나라의 ADR”, 중재 296호(2000년 여름)
19. 이희정, “법의 지배와 행정법상 재판외 분쟁해결수단 : 미국의 경우를 중심으로”, 서울대학교 법과대학원 박사학위논문(2004)
20. 이희정, “환경분쟁의 발생배경, 유형 그리고 대책, - 환경분쟁조정제도의 기능강화의 관점에서 -”, 環境法研究 第28卷 1號, 韓國環境法學會(2006)
21. 전경운, “환경분쟁조정제도의 현황과 문제점”, 환경법연구, 제26권제3호. (2004)
22. 조홍식, “代案的 紛爭解決制度(ADR)의 經濟學, 환경분쟁조정제도에 대한 평가를 중심으로”, 법학 47권 1호(138호), 서울대학교 법학연구소(2006.03)
23. 최우용, “일본 환경분쟁조정제도의 내용과 과제”, 공법학연구, 제5권제3호, (2004)
24. 최철호, “일본의 공해분쟁처리제도” 공법학연구, 제5권제2호, (2004)
25. 허만, “미국에서의 사법재판에 의하지 아니한 분쟁해결(Alternative Dispute Resolution)”, 민사판례연구(XIV), (1992), 442- 469
26. 홍준형, “환경분쟁조정제도의 실효성 및 실효성 제고방안에 대한 고찰”, 環境法研究 第28卷 1號, 韓國環境法學會(2006)
27. Stephen McG. Bundy, Court-Annexed Alternative Dispute Resolution in the United States and Korea : A Comparative Analysis, 서울대학교 법학 제42권 제 1호 (2001)

- 국내 판례 -

1. 대법원 1991. 7. 26. 선고 90다19122 판결
2. 대법원 1992. 4. 24. 선고 91다25444 판결
3. 대법원 1997. 4. 11. 선고 95다48414 판결
4. 대법원 2004. 6. 25. 선고 2003다32797 판결
5. 대법원 2004. 6. 25. 선고 2003다32797 판결
6. 헌법재판소 1995. 5. 25. 선고 91헌가7 결정
7. 헌법재판소 1995. 9. 28. 선고 92헌가11,93헌가8·9·10 결정
8. 헌법재판소 1996. 1. 25. 선고 95헌가5 결정
9. 헌법재판소 1998. 3. 26. 선고 93헌바12 결정
10. 헌법재판소 2000. 6. 1. 선고 98헌바8 결정

- 외국 문헌 -

1. Alfred C. Aman & William T. Mayton, *Administrative Law*, West Publishing Co. (1994).
2. Erwin Chemerinsky, *Constitutional Law*, Aspen Law & Business (1997).
3. Jay E. Grenig, *Alternative Dispute Resolution*, Thomson Reuters/West (3rd ed. 2008).
4. Geoffrey C. Hazard, Jr., "Res Nova in Res Judicata," 44 Southern California Law Review 1036 (1971).
5. Robert F. Peckham, "The Federal Judge as a Case Manager: The New Role in Guiding a Case from Filing to Disposition," 69 California Law Review 770 (1981).
6. Gene R. Shreve and Peter Raven-Hensen, *Understanding Civil Procedure*, Matthew-Bender Publishing (2nd ed. 1994).

7. John M. Strong, et. al., *McCormick on Evidence*, West Publishing (4th ed. 1992).
8. Stephen C. Yeazell, *Civil Procedure*, Little Brown and Company (4th ed. 1996).
9. 2 Am. Jur. 2d *Administrative Law* § 56 (2008).
10. 4 Am. Jur. 2d *Alternative Dispute Resolution* §§ 1-51 (2008).
11. 6 C.J.S. *Arbitration* § 238 (2008).
12. Black's Law Dictionary (8th ed. 2004).

- 외국판례 -

- 미국 연방대법원 판례 -

1. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803)
2. *Ex Parte McCordle*, 74 U.S. (7 Wall.) 506 (1868)
3. *United States v. Klein*, 80 U.S. (13 Wall.) 128 (1872)
4. *Pennoyer v. Neff*, 95 U.S. 714, 722 (1877)
5. *Hess v. Pawloski*, 274 U.S. 352 (1927)
6. *International Shoe Co. v. State of Washington*, 326 U.S. 310 (1945)
7. *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579 (1952)
8. *Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin MFG Co.* 388 U.S. 395 (1967)
9. *Mathews v. Eldridge*, 424 U.S. 319 (1976)
10. *Schweiker v. McClure*, 456 U.S. 188 (1982)
11. *Selective Service System v. Minnesota Public Interest Research Group*, 468 U.S. 841 (1984)
12. *Commodity Futures Trading Commission v. Schor*, 478 U.S. 833 (1986)
13. *Plaut v. Spendthrift Farm, Inc.*, 514 U.S. 211 (1995)
14. *Felker v. Turpin*, 518 U.S. 651 (1996)

15. Clinton v. City of New York, 524 U.S. 417 (1998)

- 미국 하급심 판례 -

1. Natural Resource Defense Council, Inc. v. U.S.E.P.A, 859 F.2d 156 (C.A.D.C., 1998).

- 독일 연방헌법재판소 판례 -

1. BVerfGE 24, 367

[Abstract]

A Discussion of the Dispute Resolution Mechanism Based on
the Environmental Dispute Adjustment Act in Regards to the
General Principles of ADR

Si Cheol Kim

The Environmental Dispute Adjustment System (“EDAS”) stipulated in the Environmental Dispute Adjustment Act (“EDAA”) is a form of Alternative Dispute Resolution (“ADR”) handled by a division of the Administrative Branch. This particular dispute resolution mechanism followed in the EDAS, consists of several controversial aspects, when viewed in the light of various general principles that lies in the core of ADR.

Though the main purpose of EDAS, which models after the Japanese Adjustment System for Grievances from Pollution, is to settle civil disputes arising in the environmental areas, when compared, the vast majority of EDAS cases in Korea relate to adjudicatory awards while mediation cases constitute overwhelming dispute resolutions in Japan. This, therefore, has drawn criticism concerning the Korean practice of dispute resolution in the environmental dispute setting, since it runs contrary to the very nature of ADR.

Furthermore, in consideration of the general principles of ADR, the provisions of EDAA consist of various fundamental defects. In fact, due to the tendency of ‘under-litigation’ involving environmental disputes, to some extent, this requires a specific mechanism for resolution of such disputes. Under the current system of EDAS, however, the State provides public subsidy to litigants as a matter of fact, which may result in ‘over-litigation’ of disputed cases and actually create a converse

effect. Though it may be inevitable to sustain the current system for the time being, for the future, the EDAS should be framed in order to minimize the total cost of resolving disputes. Since the total cost consists of both an 'operation cost' and an 'error cost,' to reduce the former cost, the latter cost is considered as a necessary trade-off. The EDAS, therefore, must be constructed in a way to minimize the sum of both costs accordingly.

Until recently, the successful outcome of a mediation or an adjudicatory award within the EDAS has been considered as a formal consent agreement between the parties concerned, which is greatly similar to that of Japan. Nevertheless, because of the newly enacted statute, EDAA(amended by Act No. 8955 on Mar. 21, 2008, and effective on Sep. 22, 2008), the final outcome of EDAS now has the same effect as a consent judgment of a court.

This raises doubts on whether the amendment of the statute can even be upheld as legitimate at all. Under the current Civil Procedure Act in Korea, consent judgments not only have the effect of an execution(enforcement power) but also the effect of a claim preclusion(*res judicata*). When compared, the Korean consent judgment system is somewhat different from the German system, which only has the effect of execution(enforcement power) but not of claim preclusion.

The constitutionality of the statute must also be strictly scrutinized since outcomes of the ADR conducted by the Administrative Branch have the similar effect of a consent judgment. Even from the standpoint of democratic legitimacy, the Korean EDAS is relatively inferior to the Japanese system. Thus, it seems unreasonable to produce the outcomes of EDAS have the similar effect of a consent judgment. Furthermore, in light of the precedents of the Korean Constitutional Court, controversy surrounding the constitutionality of the provisions on the effect of EDAS or Ex Officio Mediation system still remains as an important issue to be considered.

The very nature of the ADR must be emphasized that respects the parties' autonomy involving each dispute, in order to establish a dispute

resolution system that is based on sound ADR principles. From another standpoint, the success of EDAS system depends on the extent of reducing the error costs associated with the disputes resolutions. Therefore, in addition to reviewing the empirical research conducted in the U.S. or Japan for guidance in improving the current EDAS system, attempts to narrow the gap between the decisions of the court and the outcomes of the EDAS regarding the environmental disputes must strongly be pursued.

주 제 어 환경분쟁조정법, 환경분쟁조정제도, 대체적 분쟁해결제도(ADR), ADR의 일반이론, 過少訴訟, 過多訴訟, 運用費用, 誤判費用, 재판상 화해, 執行力, 既判力, 職權調停, 當事者の自律

Key Words Environmental Dispute Adjustment Act, Environmental Dispute Adjustment System, Alternative Dispute Resolution(ADR), general principle of ADR, under-litigation, over-litigation, operation cost, error cost, consent judgment, the effect of execution, the effect of claim preclusion(*res judicata*), Ex Officio Mediation system, parties' autonomy